

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Programa de Pós-Graduação em Direito

O Princípio da Adequação Social na Estrutura Jurídica do Crime

Dissertação submetida à Universidade Federal de
Santa Catarina para obtenção do
Grau de Mestre em Direito

Getúlio Corrêa

Florianópolis, Março de 1991

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL NA ESTRUTURA
JURÍDICA DO CRIME

ORIENTADOR: PROF. DR. ORLANDO FERREIRA DE MELO

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA À UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA
CATARINA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

GETÚLIO CORRÊA

FLORIANÓPOLIS, MARÇO DE 1991

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A Dissertação O Princípio da Adequação Social na Estrutura Jurídica do Crime, elaborada por GETÚLIO CORRÊA e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 13 de março de 1991.

Banca Examinadora:

Prof. Orientador:

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
Coordenador CPGD/UFSC

"Se a princípio não triunfardes, tentai novamente. Não existe meio de alcançar a Vitória e o Domínio sobre a limitação, a não ser perseverando até a realização. Se duvidais de vosso êxito, estais adiando vossa vitória por tanto tempo quanto durar vossa dúvida".

(Saint Germain in O Livro de Ouro de Saint Germain. Parte III. Porto Alegre: Ponte para a liberdade. s/d. p. 189).

AGRADECIMENTO

A Fátima, Graziella, Débora e Letícia, pela compreensão e paciência.

Aos Sargentos Schappo e Rogildo , pelo auxílio na datilografia.

S U M Á R I O

RESUMO	IX
--------------	----

SUMMARY	XI
---------------	----

<u>INTRODUÇÃO</u>	1
-------------------------	---

1. Considerações Iniciais	2
---------------------------------	---

2. O princípio da adequação social	3
--	---

3. A dissertação	4
------------------------	---

CAPÍTULO I

<u>O ABSTRACIONISMO NORMATIVO, A NORMA CULTURAL E A AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA</u>	6
---	---

1. A estrutura jurídica do crime	7
--	---

2. Teorias da ação	9
--------------------------	---

3. As normas de cultura	12
-------------------------------	----

4. O intérprete e o jurisdicismo do delito	16
--	----

5. A norma e o intérprete: variáveis emergentes do corpo social	19
---	----

6. Origem da "conduta socialmente adequada"	22
---	----

7. Conceituação do princípio da adequação social	26
--	----

Notas Bibliográficas	31
----------------------------	----

CAPÍTULO II

<u>TIPICIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL</u>	44
--	----

1. O Princípio da legalidade	45
------------------------------------	----

2. A legalidade da ação socialmente adequada	49
--	----

3. Tipo e adequação social	52
----------------------------------	----

4. O risco permitido e adequação social	60
---	----

5. O princípio da insignificância	63
---	----

6. Erro e adequação social	69
----------------------------------	----

6.1. A teoria do erro	69
-----------------------------	----

6.2. A adequação social do erro	71
---------------------------------------	----

Notas Bibliográficas	73
----------------------------	----

CAPÍTULO III

<u>A SUPRALEGALIDADE E A CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA</u>	85
1. A Antijuridicidade	86
2. Antijuridicidade Formal e Material	89
3. As teorias de justificação	94
4. As razões da supralegalidade	96
5. As contradições doutrinárias dos juristas sobre as ex- cludentes supralegais	102
6. A adequação social como causa supralegal de justifica- ção	111
Notas Bibliográficas	115

CAPÍTULO IV

<u>OS CASOS DE AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA</u>	128
1. Alguns exemplos clássicos	129
2. A intervenção médica e cirúrgica	134
3. O corte de cabelos ou barba	135
4. A correção de menores	137
5. A esterilização	139
6. As cirurgias de mudança de sexo e as estéticas	141
7. A circuncisão	143
8. Os transplantes	144
Notas Bibliográficas	147

CAPÍTULO V

<u>CONTRIBUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL À DESCRIMI- NALIZAÇÃO</u>	162
1. A Criminologia Crítica	163
2. Incriminação - Descriminalização	167
3. A adequação Social, como fator de descriminalização ...	174
3.1. Nas Contravenções	176
3.2. Nos Delitos	179
3.2.1. Adultério	179
3.2.2. Casa de Prostituição	180
3.2.3. O Curandeirismo	181
3.2.4. O consumo de drogas	182
Notas Bibliográficas	187

REVISÃO CRÍTICA E OBSERVAÇÕES FINAIS	195
BIBLIOGRAFIA	200

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque , se dignos são os juizes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, - em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

(Rui Barbosa, in Oração aos Moços. Rio: Tecno-print. s/d. p. 69).

R E S U M O

O princípio da adequação social ou da conduta socialmente adequada é o tema desta dissertação.

A partir da idéia de que o delito nada mais deva representar que a tipificação de uma norma já censurada pelo corpo social, a ação socialmente adequada permite ao intérprete da lei determinar a inexistência de recriação jurídico-penal, ainda que ocorra a correspondência entre a norma abstrata e o fato praticado.

Na condição de elemento auxiliar de valoração o tema é tratado inicialmente na tipicidade, no âmbito da qual também outras variantes são analisadas.

Considerando a diversidade de opiniões quanto à localização do princípio em estudo na estrutura jurídica do crime, estudou-se, também, a sua influência, no âmbito da antijuridicidade, como causa supralegal.

Embora a adequação social esteja inserida essencialmente na questão delituosa, evidenciou-se igualmente as implicações doutrinárias decorrentes da sua aceitação na valoração dos fatos contravencionais.

Com a finalidade de propiciar um melhor entendimento, foram citados casos, com jurisprudência que traduz o pensamento dos tribunais acerca do tema, quer nos delitos, quer nas contravenções.

No último capítulo esboçou-se o pensamento crítico sobre o Direito Penal e, em particular, aquele que prescreve a necessidade de descriminalização de condutas já incluídas nas normas de cultura e, portanto, socialmente adequadas.

Deixou-se às observações finais uma síntese do exposto.

S U M M A R Y

The principle of social adequacy is the theme of this essay.

Since it is understood that felony should represent nothing more than the typification of a pattern already condemned by society, the socially acceptable action allows the reader of the law to settle a lack of juridical and penal recrimination, even though the abstract pattern and the action correlate.

The theme is initially worked in the typicity as an auxiliar element of appreciation, as other variations are also analysed.

Taking into consideration the different kinds of opinions as for the localization of the principle analysed in the juridical structure of crime, this essay analyses its influence, also in the field of antijuridicity, as a supralegal cause.

Though social adequacy is inserted essentially in the field of offense, the doutrinary implications arising out of the its acceptance in the appreciation of misdemeanour were also pointed out.

In order to provide a better understanding, cases and their jurisprudence were named, which transmit the way of thinking of the court on the theme, either in felony or in misdemeanour.

In the last chapter it was outlined some critical thoughts about the Penal Law, especially the one which establishes the need of discrimination in behaviors included in cultural patterns, and thus, socially appropriate.

It was left a summary of what was shown in this essay for the final comment.

I N T R O D U Ç Ã O

1. Considerações iniciais
2. O princípio da adequação social
3. A dissertação

INTRODUÇÃO

1. Considerações Iniciais

No tema abordado nesta Dissertação parte-se do princípio de que o Direito não se esgota no Estado e as fontes do Direito vão além da lei.

A partir desta afirmação muitas questões podem ser repensadas.

No âmbito do Direito Penal, particularmente, toda a estrutura jurídica do delito, nos seus elementos componentes, -tipicidade, antijuridicidade, (e culpabilidade na concepção tripartite)-passam a ter juízo de valor consoante essas fontes in formais.

A tipicidade não se restringe à simples constatação de adequação do fato à norma abstratamente prevista, da mesma forma que a antijuridicidade do fato típico será determinada pela contrariedade entre fato e norma e a efetiva lesividade que resulta no meio social.

Em consequência da última afirmação as causas de exclusão de ilicitude não se restringem unicamente àquelas expressas no ordenamento positivo. Poderão ter vigência e eficácia pela consciência jurídica emergente da própria sociedade.

Não nos interessa fixar as fontes do direito nem tampouco preocupar-nos com a delimitação dos valores éticos do

grupo social. Interessa-nos que elas existem e mais que proclamadas podem ser sentidas através das decisões do Juiz - o intérprete mais importante do Direito.

2. O princípio da adequação social

A inexistência de obra específica sobre o tema, objeto desta dissertação, no Brasil, tornou sensivelmente moroso o trabalho ante a dificuldade de reunir textos que tratassem amplamente do assunto.

O princípio foi analisado nos seus aspectos fundamentais, o que não significa afirmar que tenha sido exaustivamente dissecado pois a própria dinamicidade do Direito pode emprestar-lhe outra conotação não abordada neste trabalho.

Afastamos o pensamento extremo de adotar todas as teorias alienígenas por advirem de países onde o estudo jurídico é mais valorizado e, por isso, mais detalhista; nem tampouco as repudiamos por estarem, a priori, em dissonância com a nossa cultura jurídica e histórica.

Nenhuma teoria ou princípio tem validade ontológica mas adquire-a pela verificação teórico-prática, pela valoração da norma anteposta ao evento e inseridos no momento histórico determinado.

Não se constitui a conduta socialmente adequada, como outras teorias, em apanágio do Direito Penal, que solucio

nará a questão primordial, centrada na estrutura do crime. Trata-se apenas de elemento auxiliar que serve ao intérprete para repensar o binômio fato-norma numa raiz cultural, permitindo uma valoração sempre atual e consentânea aos modelos e interesses do corpo social presentes em suas normas de cultura.

3. A dissertação

Cuidou-se inicialmente das teorias da ação, cerne do problema do delito e os elementos que o compõem, conhecimentos essenciais à compreensão do tema ora tratado, estabelecendo-se, em seguida, a correlação da norma e intérprete com as normas de cultura que se inserem na sociedade e com ela se integram. (Cap I)

Os traços históricos do princípio da adequação social, abordados no mesmo capítulo, dão um referencial importante para que se conheça o porquê da sua elaboração, quais as razões que levaram HANS WELZEL a esboçar a teoria na realidade germânica.

Por ser fator de atipicidade ou de causa supralegal de justificação sempre é questionado o princípio da legalidade, razão pela qual foi incluído na dissertação. (Cap II)

A análise do princípio como fator integrante do tipo, levou a se abordar no mesmo Capítulo o risco permitido e o princípio da insignificância, como manifestações da adequação social, referenciando-se ainda o problema do erro.

Um outro aspecto da conduta, acolhida por ser

normal à vida na coletividade, é sua consideração como causa supra legal de justificação. Para isso a antijuridicidade foi tratada além do seu simples valor formal, no seu conteúdo, aspecto substan cial, onde pode ser estudado o tema da adequação social.

Com as teorias de justificação determinou-se o estudo das razões que permitem a supralegalidade, tese reforçada pelas contradições entre os juristas, abordando-se, em consequência, a questão da adequação social como mais uma causa supralegal. (Cap. III)

Para uma melhor compreensão, exemplos de auto res nacionais e estrangeiros foram analisados como as soluções por eles apresentadas. (Cap. IV)

Procurou-se, dentro da Criminologia Crítica, tratar da conduta socialmente adequada como fator descriminalizante ou despenalizante, menos através do ato legislativo e mais na prática jurídica, tanto no âmbito das contravenções quanto dos de litos. (Cap. V)

As críticas ao princípio foram deixadas às observações finais.

Registre-se afinal que, nos termos da decisão do colegiado do CPGD, "a aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do professor orientador, da Banca Examinadora e do CPGD da UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nela é exposta".

CAPÍTULO I - O ABSTRACIONISMO NORMATIVO, A NORMA CULTURAL E A AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA

1. A estrutura jurídica do crime
 2. Teorias da ação
 3. As normas de cultura
 4. O intérprete e o jurisdicismo do delito
 5. A norma e o intérprete: variáveis emergentes do corpo social
 6. Origem da "conduta socialmente adequada"
 7. Conceituação do princípio da adequação social
- Notas bibliográficas

CAP. I - O ABSTRACIONISMO NORMATIVO, A NORMA CULTURAL E A AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA

1. ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME

O surgimento da tipicidade, com BELING em 1906, (tradução do alemão TATBESTANDSMAESSIGKEIT, significando a conformidade de um fato real com o pré-estabelecido delito-tipo (1)), parecia ser o último elemento que dava o caráter científico à construção sistemática do delito.

Sem diminuir-lhe a importância, em especial, à época, quando ainda se solidificavam os princípios liberais, ao aduzir essa nova variável à dogmática penal, longe de aclarar o problema, criou já a partir de MAYER em 1915 uma sequência interminável de teorias, as mais diversas, cada qual avocando o valor da tipicidade dentro da estrutura do delito.

Essa tripartição: tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, ainda que o crime seja um todo unitário, "tem um valor de todo convencional e a sua função tem um caráter meramente instrumental" (2), acolhido pela doutrina visando uma melhor compreensão teórica do delito.

Ante a dificuldade de determinar todas as alterações da teoria do delito, FONTAN BALESTRA (3) orienta a que se analise por etapas. Assim, a Científica com, entre outros, FEUERBACH e Carrara; o Positivismo, centrado na Defesa social e na periculosidade; uma etapa dogmática clássica com as obras de LISZT e WEIZEL.

tratando o delito como ação, concebendo-a de forma puramente naturalística; uma etapa dogmática chamada neoclássica, em que o tipo não permanece neutro e a antijuridicidade é compreendida além de seu aspecto objetivo e, a culpabilidade como conjunto de pressupostos da pena; a compreensão da antijuridicidade como contraposição às normas jurídicas e culpabilidade como "censura à disposição anímica do sujeito (4), o Finalismo de HANS WELZEL que afeta toda a teoria do delito retirando o dolo e a culpa da culpabilidade, deixando a esta o juízo de reprovabilidade.

Mas as correntes não dirimem os problemas. Ao contrário, permitem a formulação de outros que não são solucionados por um só pensamento mas, sim, pela sua simbiose.

A única conclusão que atualmente não sofre contestação é que a conduta humana é o "substrato básico do conceito de delito" (5) e sobre ela se fundamentam seus elementos.

E é sobre a conduta humana que as teorias proliferaram alterando o conceito de crime e, em consequência, do conteúdo daqueles elementos componentes.

2. TEORIAS DA AÇÃO

A neutralidade da ação é ponto de destaque da teoria causal, inicialmente desenvolvida por LISZT e BELING, "sendo identificada como um movimento corpóreo voluntário que produz uma modificação no mundo exterior" (6). Sobreleva, para os que aceitam essa corrente, que o autor tenha agido voluntariamente, não interessando o conteúdo dessa vontade no âmbito da ação mas, sim, da culpabilidade.

Na tipicidade está tão somente o aspecto descritivo, restando à antijuridicidade "a comparação objetiva entre as normas jurídicas e o fato típico". (7)

Modificações em relação aos componentes do tipo, chamados elementos normativos entendidos por Mezger como "presupostos do injusto típico que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato" (8) determinaram uma aceitação de juízo de valor.

O finalismo, de HANS WELZEL, teria na própria ação humana "o exercício da atividade final" (9), onde o tipo, nele inserido o dolo, é o "núcleo do ilícito penal". (10)

Tentando apresentar-se como síntese das teorias do delito, a Social, enunciada por JESCHECK, que teve o mérito de buscar definir a existência do delito, centra-se no "comportamento socialmente relevante". (11)

A relevância é sensível quando afeta as relações

do indivíduo com o mundo circundante (12), conduta sobre a qual se possa promover um juízo de valor.

O que se depreende da análise das teorias relacionadas ao delito é que de uma forma ou de outra, para a concretização do ilícito, cresce a importância, quer da "relevância social da conduta" preconizada pela teoria social, quer pela necessária caracterização de uma conduta "concretamente realizada no meio social. (13).

Mas é forçoso reconhecer que mesmo a teoria social, não deixa de ser "necessariamente final". (14)

O aspecto social, centrado no homem, não pode ficar alheio ao estudo do delito.

Desde a sua concepção, o tipo, expresso nas codificações, representa o protótipo modelar do comportamento necessário à convivência no corpo social e, limitado, no campo penal, à intervenção mínima (15), somente preservando bens jurídicos essenciais e imprescindíveis à harmonia social, e que tiveram seu nascimento no útero da "cultura da coletividade". (16)

Observam HERMÁN H. MALARÉE e JUAN BUSTOS RAMÍREZ que na evolução da teoria do delito "a cada passo dado se tende aproximar mais a teoria da ação à realidade social". (17)

Se o Direito é a manifestação da imprescindível solidariedade social nada mais compreensível e lógico que o Direito Criminal se mostre como o necessário a sancionar as condutas que a própria consciência social reprovem.

Desta forma a infração criminal antecede uma normatividade extrapenal, constituindo-se aquela, tipificada, no acolhimento do que já existe na ambiência (18). Evitando-se sancionar indiscriminadamente alcança-se a necessária "desentronização de uma Justiça penal, quando posta ao serviço de fins que se apóiem num puro dogmatismo moral inadequado à sociedades plurais ou a que a ética é indiferente". (19)

3. AS NORMAS DE CULTURA

A teoria das normas de cultura foi formulada por MAX ERNEST MAYER em monografia no ano de 1903 (Rechtsnormen und Kulturnormen), e mais tarde incluído em seu LEHRBUCH ASÚA enten - deu-a como doutrina intermediária entre a vacuidade de BINDING e a excepcional amplitude de LISZT (20), não tendo aplicação somente ao Direito Penal mas à filosofia jurídica e à sociologia.

Enquanto na área filosófica o autor fundamentou-se em Rickert e seus estudos em ciência cultural e ciência na tural, concebendo cultura como "a totalidade dos objetos reais em que residem valores universalmente reconhecidos e que por es-ses mesmos valores são cultivados" (21), na sociologia buscou em Garofalo a sua conceituação de delito natural:-o que viola os sentimentos altruístas de piedade e de probidade.

Como fundamento jurídico baseou-se em BINDING na crença de que a norma não se confunde com a lei mas precede-a, ou a norma cria o contrário ao direito e a lei cria o delito. (22)

Assim a ordem jurídica não é uma criação do nada mas consiste no reconhecimento formal dos interesses superiores, transformadas em normas de cultura.

Se em MAYER o delito é um "evento imputável", compreendido no tipo legal e contrário às normas de cultura reconhecidas pelo Estado (23), o injusto, igualmente, na síntese de ASÚA é o que se opõe às normas de cultura, em que o direito se baseia e que se acham reconhecidas pelo Estado. (24)

Essas normas referidas seriam "as ordens e proibições por meio das quais uma sociedade determinada exige de seus membros o comportamento que seja adequado". (25)

Inseridos nesse conceito tanto as regras morais, religiosas, os próprios costumes, e as de direito, alicerçando o suporte da antijuridicidade.

O Direito teria como função não a produção de interesses aplicáveis à sociedade, mas o reconhecimento desses interesses através da história da cultura, não olvidando que à medida em que o Estado acolhe determinados valores há outros em constante formação (26), tendo o dever de defender até as simples normas de cortesia.

As normas de cultura não só diferem entre os países mas também, internamente, entre regiões, determinando a existência de várias "sociedades" pela reunião de homens que, motivados pelos interesses comuns, tenham conduta homogênea.

Ressalte-se, pois, que a formulação de MAYER não teve, ainda que originariamente, como reação ao positivismo (27), o pensamento dirigido, com base nessas normas de cultura, a permitir a ilação de legitimidade às causas de justificação supra-legais. (28)

Ao apregoar que a "conduta conforme o direito, se para-se da conduta contrária ao direito, dentro da legislação, pelo reconhecimento das normas de cultura" expressando que só os tipos legais poderiam caracterizar o ilícito (29), deixa implíci

to, no entanto, a existência de normas com base em conceitos extrajurídicos.

Assim, mesmo que comprovada a causa de justificação com base em um interesse justificado, mesmo que no interesse e na forma de manifestação sejam reconhecidos por uma norma de cultura (30), só terá validade se, como tal, reconhecida pelo Estado. (31)

MAYER conceitua cultura como "o cultivo do interesse comum e a situação resultante matizada por um caráter de valor". (32)

A cada norma de direito corresponde uma norma de cultura criada pela sociedade, a qual o povo não pode desconhecer, tendo "uma função educativa, porque mesmo antes de seu reconhecimento estatal regula os comportamentos". (33)

A antijuridicidade objetiva das normas de cultura pelo cometimento de fato previsto como delito será determinada pelo efetivo escopo da norma jurídica, só valorável mediante a correspondente norma de cultura, deixando, em consequência, de prescindir de uma valoração pessoal do juiz, para se constituir em uma "valoração cultural, presente na comunidade como posição cultural dominante". (34)

Não previu MAYER, na formulação da teoria, a possibilidade de se suprir as lacunas do ordenamento jurídico pelas normas de cultura (35). Tal omissão não impede ser ela concebida como forma de criação do direito, ou, mais precisamente, de

excludente extralegal, para julgar com equidade (36). Assim, quando desaparece a norma de cultura que deu suporte ao surgimento da lei, o fato praticado, embora formalmente típico, deixa de ser ilícito pela inocuidade do bem jurídico protegido. (37)

Nesse prisma é possível conceber as normas de cultura como fonte substancial do Direito Penal ao se aceitar que a antijuridicidade, dita substancial, só persistirá se contrária às normas de cultura, globalmente consideradas. (38)

Não são só critérios para a formulação da norma jurídica mas servem aos intérpretes de guia para a interpretação das normas incriminadoras e bens jurídicos tutelados, bem como permitem que se as analise em caso de conflito de interesses. (39)

A dinâmica das culturas é modeladora de novos tipos penais (40), como também exclui figuras delitivas por se constituírem em comportamentos normais à sociedade.

Ressalte-se que não raro normas jurídicas prescrevem a proibição de condutas que não se relacionam ao crescimento material da sociedade mas, sim, a valores éticos considerados imprescindíveis à evolução do homem interiormente, ou seja, no seu aperfeiçoamento ético (41), ou de personalidade, como expresso por CRISPIGNI. (42)

4. O INTÉRPRETE E O JURISDICISMO DO DELITO

O delito, envolto em teorias jurídicas, apresenta-se-nos como estereótipo de dogma imutável, perenes, infensas às mutações que se processam na sociedade, deixando à ciência uma vacuidade entre a norma inerte e sua efetiva aplicação.

O delito é fato cultural, é fato social, e é este que lhe "regula ciberneticamente o rumo a ser alcançado, por via de alterações de sentido geradoras de novas formas e matizes"(43)

Formal ou materialmente concebido, não é imerso no tecnicismo jurídico que o ilícito penal deixará de ser um mito, e, sim, na aceitação de que o Direito Positivo é apenas um elemento configurativo e de auxílio à ordenação da sociedade, que será compreendido.

Não se pretende com essa compreensão romper com o princípio da reserva legal criando novas regras de condutas sancionáveis mas adequar as existentes ao que delas efetivamente se deseja.

Se há uma norma de cultura anterior à prescrição normativa é aquela que orienta a correlação desta com o fato concretamente analisado.

Daí a necessidade de coexistir na interpretação do julgador o fato, a norma e a interação desta com a consciência ético-social para uma solução justa.

Será uma política jurídica não somente "censor do produto legislativo, ao oferecer argumentação para a reciclagem permanente das leis..."(44), porém também umbilicalmente ligada à operacionalização do Direito Penal no seu momento mais importante: o da justaposição com o fato.

É uma práxis normativa, como atividade crítica em que a realidade está entre o concreto e o sensível através da valoração ou, na expressão de LUKÁCS, eliminação da indiferença da forma em relação ao conteúdo. (45)

Isto é feito na análise da efetiva danosidade social do ato praticado, numa concepção mais ampla que a tradicional (46), valorando a conduta e o resultado numa relação com o recriminado pela norma positivada e pela norma de cultura do corpo social.

É nesta inadequação social que se estabelece a ilicitude concreta, pois a elaboração normativa fundamenta-se na experiência jurídica intrinsecamente ligada à experiência social (47),

A norma demonstra um elemento pseudo científico dentro do Direito, exatamente por representar "um momento necessário do processo de integração fático-axiológico" (48) obrigando-se, para ter legitimidade, a ser não só formalmente válida mas socialmente eficaz. (49)

A eficácia da norma depende da aceitação do corpo social e manifesta-se pelo julgador gerando, não raramente, de

cisões ultra legem ainda que entendidas como contra legem e, neste pensamento cobertas por um véu de requisitos retóricos que lhe dão validade e lhe outorgam um caráter de legalidade. (50)

Há, em consequência, um receio do julgador em, aplicando a norma ao fato concreto, fugir da solução ditada pela consciência social à qual ele se integra, para argumentar com a lei, mesmo que aparente, num esforço de justificação legal e de submissão à teoria tripartite de poderes, presentes em todos os regimes democráticos, como se a sua decisão fosse romper com o equilíbrio e soberania interior do Estado.

Nesta disputa entre o formal e o materialmente concebido, entre a rigidez da norma em abstrato e a mutação acelerada da consciência ético-social, é que no delito, em especial nas suas causas de justificação, surgem questões jurídicas controversas, que originam teorias que dominam a mente dos que lidam com o Direito Penal gerando discussões, as vezes meramente acadêmicas e sem resultados na prática jurídica.

5. A NORMA E O INTÉRPRETE: VARIÁVEIS EMERGENTES DO CORPO SOCIAL

O Direito Penal, como os demais ramos do Direito, não pode ser visto fora do que a sociedade exige para a sua sobrevivência e evolução e, ainda que estratificado em normas, às vezes complexas, seu fim último deve ser dirigido às necessidades comuns.

O legislador, ao elaborar a norma, deve extrair da consciência coletiva o fundamento à concretização do ordenamento jurídico, passando numa fase posterior a se constituir na ordem de conduta, que no Direito Penal, em particular pela coercibilidade, determinará o seu adimplemento.

É, pois, deste processo que exsurge a tipificação normativa, não "fruto de um querer arbitrário, mas sim o resultado de uma análise positiva de dados empíricos" (51) que, não imunes ao tempo e às conseqüentes mutações, emprestam uma nova feição ao "dever ser". Essa metamorfose, fruto da dinamicidade, menos diretamente do Direito, mais da sociedade que o determina, nem sempre é apreendida pelo legislador e, quando o é, sofre, pela ação do momento histórico, fraturas deixando as normas sem fundamento para a sua existência.

É na aceitação da existência, no ordenamento jurídico, de lacunas ou contradições, que ao "julgador compete fazer o papel que na realidade corresponde ao legislador". (52)

Não é mais um ato mecânico o julgar (53). O poder do intérprete-julgador é delimitado mais pela consciência jurídica (54) que pela lei. Ultrapassa-se a normatividade, excluindo-se da sociedade a licitude material. Na aplicação das leis penais o magistrado afasta-se de um passado onde se apregoava a proibição (55), compreensível, de interpretar as leis penais e aproxima-se de um presente onde se exige uma tradução atual da norma, abstraindo-se dessa interação o princípio da reserva legal, mesmo que por vezes possa apresentar um aspecto retórico. (56)

Assim, dentro dessa concepção moderna da atuação do intérprete, compromissado com a realidade social e com os valores ético-sociais que dela emanam, determina-se através da consciência jurídica, inicialmente, o limite do arbítrio do legislador e da tecnoburocracia e, posteriormente, na prestação jurisdicional, o limite do justo e do injusto. (57)

O Julgador não vive fora da sociedade. É a sua manifestação, um membro deste corpo social que sintetiza a vontade subjacente dando uma nova feição à norma, correspondente aos anseios imanentes e sensíveis.

O homem se manifesta como centro do ordenamento jurídico, cabendo ao Estado apenas o reconhecimento dos bens imprescindíveis à conservação da sociedade como um todo harmônico.

O Direito Penal não mais determina o comportamento, numa modelagem do que deve ser a partir de regras irreais ,

não aceitas pela coletividade, mas a partir desta, da sua ambi-
ência, extrai aquilo que é imprescindível tutelar.

O delito, conforme CRISPINI, já se encontra
proibido por uma norma extra-penal, antes de o estar pelo Direito
Penal, cuja sanção não representa, assim, senão uma duplicidade
punitiva, porém, de maior grau de intensidade, relativamente à
sanção extra-penal, que com anterioridade já havia proibido a
conduta considerada ilícita pelo ordenamento positivo. (58)

O desaparecimento dessa norma extra penal é
uma das formas do ensinamento da ação socialmente adequada.

5. ORIGEM DA "CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA"

O princípio nasceu do pensamento de HANS WELZEL, a partir de um artigo publicado em 1939 ("ZEITSCHRIFT für die gesamte Strafrechtswissenschaft"), sofrendo, como todas as teorias, contestações pela subjetividade na delimitação teórica da adequação social.

Embora o autor do princípio ou teoria não esclareça a origem do enunciado, há os que a entendem como consequência dos estudos de MAX WEBER (59), em especial, o que se relaciona à ação social, esclarecendo que "o acontecer considerado típico se oferece com adequação de sentido (em algum grau) e pode ser também comprovado como socialmente adequado (em algum grau)". (60)

O surgimento da teoria da adequação social que, segundo BARATTA, é o reverso da medalha da antijuridicidade de material (61), foi como forma de confrontar com a crise do direito, crise esta nascida das posições contrárias entre a consciência popular e o ordenamento jurídico, e resultado do relativismo dos valores morais da burguesia. (62)

GREGORI, concordando em parte com a afirmação de BARATTA, aduz que "a nota de valor que se insere assim nesse juízo de tipicidade, realiza, de fato, por sua 'imediatezza', exigência geral da justiça e de economia processual". (63)

A crise referida pelo autor italiano está na influência da consciência social na valoração do injusto à "aplicação de uma certa norma a um caso concreto porque, mesmo se tecnicamente perfeito, não corresponde aos valores que são a base do ordenamento". (64)

Para SANGUINÉ a teoria da adequação social, na concepção realística do crime elaborada pela doutrina italiana com base no princípio de "ofensividade" e o princípio da insignificância são soluções de natureza dogmática e interpretativa para a descriminalização do Direito Penal (65), constituindo-se, a sua existência, uma necessidade em face da "esclerotização legislativa". (66).

O princípio não se contrapõe, em essência, ao finalismo enunciado pelo mesmo autor (67). Ao contrário, é ilação natural do pensamento de WELZEL (68) ao assinalar que "a ação (incluída a ação final) segue sendo uma abstração igual a 'causación', se não se a concebe como fenômeno com significação social, como ação no âmbito social da vida".

Inicialmente concebida dentro da tipicidade por WELZEL, numa segunda fase de elaboração do princípio entendeu-a como excludente de antijuridicidade ou mesmo como regra de interpretação geral. (69)

As posições diversas de WELZEL sobre o princípio de adequação social foram motivadas pelo fato de não atribuir ao tipo e à ação um conteúdo de valor. Ao orientar que

as ações mesmo que formalmente lesivas, se admitidas pela vida social, são consideradas adequadas materialmente, na conceituação "tipo é a tipificação do injusto" (70), apresenta para REALE JÚNIOR a identificação da adequação típica com injusto e a ação típica com a antijuridicidade. (71)

Para FIGUEIREDO DIAS, numa interpretação mais restrita, a fuga de WELZEL para a ilicitude com sua teoria demonstrava a tentativa de manter a doutrina do tipo-indiciador (72) incólume, o que resultou na acusação de retorno ao formalismo do tipo de BEILING exigindo uma nova postura do critério de adequação social. Daí a sua aceitação como "regra de interpretação dos elementos típicos isolados". (73)

A tipicidade, legal, seria insuficiente para apenar nos casos de condutas perigosas, o que levou o citado mestre alemão a considerar tão somente aquelas situações em que o risco fosse evitável (74), considerando como lícitas as demais condutas reclamadas pela sociedade como indispensáveis.

ZAFFARONI orienta para o que chama de tipicidade conglobante em que o tipo penal se compõe do tipo legal, onde se realiza a adequação da conduta à descrição com seus aspectos objetivos e subjetivos mais o tipo conglobante, verificável pela contrariedade da conduta com as outras normas do ordenamento jurídico. (75)

Esse eminente mestre argentino reconhece que ao lado da sua tese analítica há duas tentativas de resol -

ver o problema: uma proposta por CLAUS ROXIN através de sua teoria da imputação manifestando-se como um processo de "espiritualização" ou "desmaterialização" do tipo legal e, outra, representada pelo princípio ou teoria ora em estudo que "é uma apelação ao realismo social". (76)

7. CONCEITUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Se os tipos legais são aqueles que "assinam formas de condutas que se afastam gravemente das ordens históricas da vida social" (77), o princípio da adequação social ou da conduta socialmente adequada refere-se àquelas "que em consequência, apesar de objetivamente descritas na norma são lícitas pois se mantêm dentro do "marco de ordem social", histórico, "normal da vida". (78)

Para BETTIOL, essas condutas são as que "não contrastando com as exigências, os aspectos, as características, os fins da vida social, num determinado momento histórico, não deveriam ser consideradas como correspondentes a uma abstrata espécie delituosa, ainda se formalisticamente pudessem a ela ser reportadas". (79)

NUVOLONE entende que, embora reconhecidas como infrações penais não seriam puníveis "por força do interesse, socialmente irrelevante, do lado da ofensa, e do interesse, socialmente relevante, do lado da realização". (80)

GREGORI, em rara obra sobre o assunto, observa que a adequação existe quando a conduta, apesar de aparentemente típica não realiza nenhum desvalor objetivo, característica que permite a extensão do princípio a toda ilicitude, não ficando sua aplicação restrita ao Direito Penal. (81)

FIORE, acompanhando pensamento de KIENAPPEL,

embora adotando o conceito de WELZEL, observa a importância dessa conceituação para "uma precisa determinação do objeto da tutela normativa e dos termos do direito contido na incriminação". (82)

Uma corrente acolhe o princípio tão somente quando a própria lei expressa ou tacitamente estende a interpretação dos tipos a valores sociais, não podendo ser arbitrados pela doutrina e pela jurisprudência (83), pois, conforme MAYER, seria função do legislador decidir o que é socialmente adequado. (84)

Restringindo o conceito, também JESCHECK, conquanto compreenda que a teoria se refira àquelas ações que se encontram dentro do marco de ordem coletiva, normais em determinado momento histórico (85), a exclusão da tipicidade de uma ação pela adequação social só existe "se falta o conteúdo típico do injusto". (86)

Não só aos tipos dolosos a adequação social pode ser dirigida mas, sobretudo, aos culposos - em que o princípio referido sujeita-se a um "juízo de valoração segundo o qual devem ser sopesados os pressupostos existenciais de todos os elementos do crime...". (87)

Nesses tipos - abertos por excelência - mesmo que se analise a adequação, de forma residual, o dever de cuidado teria seus limites presentes pelos valores ditados pelos "mores" sociais. (88)

Os que a acolhem ou mesmo os que a recusam, doutrinariamente a imbricam a elementos diversos do delito. Se WELZEL mudou suas concepções em relação ao princípio, demonstrando uma insegurança na determinação de sua efetiva amplitude na conceituação do crime, outros doutrinadores também não a apresentam soluções coerentes e definitivas.

BETTIOL a vê dentro do âmbito da tipicidade (89) como JESCHECK (90), GALLAS (91), FIORE (92), GREGORI (93), COUSINO MAC IVER (94), VELA TREVINÕ (95) e ZAFFARONI, entendendo o mestre argentino que longe de considerá-la causa supralegal de justificação, deve, quando possível, ser admitida como juízo de atipicidade. (96)

Os que entendem a teoria no âmago da tipicidade, mesmo com críticas pela impossibilidade de delimitação precisa, reconhecem no entanto a possibilidade de compreendê-la como um critério interpretativo para restrição do tipo. (97)

Como critério para a existência de causa supralegal mencionam-se JESCHECK (98), KLUG (99), SCHMIDHAUSEN (100) e, como causa de exclusão da culpabilidade, ROEDER (101).

No Brasil, entendendo de maneira restrita a sua aplicação, PIERANGELLI, acorde ao pensamento de ZAFFARONI, aceita a aplicação do princípio apenas quando de forma expressa ou tácita a lei remete a solução às normas de condutas sociais (102). Seriam os casos do art. 233 do CP - atos obscenos, no conceito de mulher honesta (art. 215, 216 e 219 do CP) ou,

nos delitos culposos, quando tacitamente a "violação de uma atividade regulamentada implica em descumprimento do dever de cuidado". (103)

Também restritamente TOLEDO acolhe-o ainda que na ótica da tipicidade, mas como princípio de hermenêutica, limitador de incidência do tipo legal. (104)

FRAGOSO, adotando parcialmente entendimento de BETTIOL, considera a adequação social ou conduta socialmente adequada inapropriada como causa de exclusão do ilícito pela inexistência de norma permissiva mas a preceitua como "princípio regulador geral da conduta típica". (105)

Ainda dentro da tipicidade: MIRABETE (106), CONDEIXA DA COSTA (107), MAYRINK DA COSTA (108) e LUIZ ALBERTO MACHADO, deixando expresso este que a atipia material deve ser verificada tanto pela teoria da ação socialmente adequada quanto pela da insignificância. (109)

Oportuno mencionar REALE JR. que, identificando adequação típica com antijuridicidade, afirma inexistir essa última quando a ação é socialmente adequada. (110)

O conceito não pode ficar vinculado somente ao que a sociedade ou as normas de cultura preconizam como comportamento ideal nas circunstâncias do caso concreto, mas também aquelas permitidas no momento histórico considerado.

É a busca do ético para auxiliar na atualização do texto legislativo concluindo ou pela atipia do fato ou

no reconhecimento de causa supralegal de ilicitude, na aceitação de que o ordenamento é lacunoso e necessita, para sua completude, de normas extrapenais.

O reconhecimento do princípio tende, na valoração da ilicitude, à recriação da "antítese dinâmica entre a vontade da lei e o sentido social" (111), oferecendo uma interpretação atual do ordenamento e, especialmente da tipicidade expressa na norma abstrata, além de emprestar uma revisão constante do bem tutelado. (112)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS - CAP I

1. HARBICH, Rico. Tipo e Tipicidade no Direito Penal Alemão. Ciência Penal. p. 44.
2. PETROCELLI, Biagio. Reexame dos elementos do crime. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. p. 20.
Ver HUNGRIA, Nelson. As pandectistas do Direito Penal, in Comentários ao Código Penal. Vol. I, T. II. p. 357-69.
Ver também FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal - a nova parte geral. p. 150.
3. BALESTRA, Fontan. Esquema de la evolucion de la teoria del delito. Nuevo Pensamiento Penal. Revista de derecho y ciencias penales. p. 81-6.
4. MONREAL, Eduardo Novoa. Causalismo e Finalismo en Derecho Penal. p. 13. Mesma opinião de WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. (parte general). p. 60-1.
5. MONREAL, Eduardo Novoa. op. cit. p. 16.
6. TAVARES, Juarez. Teorias do Delito. p. 17.
7. Idem, p. 23.
8. MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T I. p. 374.
9. WELZEL, Hans. op. cit. p. 53.
10. TAVARES, Juarez. op. cit., p. 69.
11. JESCHECK, Hans-H. Tratado de Derecho Penal. p. 296.

12. _____. Idem, p. 297.

13. TAVARES, Juarez.op.cit., p. 114. O autor acha discutível a chamada "relevância social" e Zaffaroni, Eugênio Raúl. Tra
tado de Derecho Penal - Parte General. T. III, p. 121, a-
firma ser impreciso no plano teórico e perigoso e inútil a
nível prático.

14. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. op. cit. p. 121. Também citado por
CUNHA LUNA, Everardo da. Capítulos de Direito Penal - Par
te Geral. p. 87.

Também RODA, Juan Cordoba. El conocimiento de la Antijuridi
cidad en la teoria del delito. p. 93 - "O delito é ação an-
tisocial".

15. Sobre o tema ver BARATTA, Alessandro. Principios del derecho
Penal Mínimo. (Para una teoria de los derechos humanos co-
mo objeto y limite de la ley penal). Doctrina Penal - Teo
ria y práctica en las ciencias penales. Nº 37 a 40. p. 623-50.

16. BETTIOL, apud FREITAS CAMARGO, Juy Junqueira de. op. cit. p. 218. A
cultura da coletividade impõe-se por aspectos históricos, po-
líticos, religiosos, sociológicos, etc ao ordenamento jurí-
dico extra penal que vai determinar os valores vitais a se-
rem preservados.

17. Significación social y tipicidad. Doctrina penal, teoria y
practica en las ciencias penales. nº 9 a 12, p. 536.

Ver a análise de COUSINO Mac IVER, LOUIS, Derecho Penal Chi

- leno - Parte General. T.1, concepto de la tipicidad. p.397⁷ e ss; em particular, p. 420, citando Jellineck e Alf Ross, sendo deste último a observação, extraída de Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Universitaria. 1970. "Uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular" (p. 69) e, ainda: "Na prática os tribunais, em forma aberta ou subreptícia, se afastam, às vezes, daquelas regras legislativas que não concordam com a consciência jurídica material dominante". (p. 76)
18. Neste sentido GRISPIGNI citado por Ruy J. de Freitas Camargo. op. cit. p. 216.
19. CORREIA, Eduardo. Direito Penal e Direito de mera ordenação social. Revista do Ministério Público do Paraná. n.º 6, p.
20. ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 270.
21. Apud LUNA, Everardo da Cunha. Estrutura Jurídica do Crime. p. 169.
- Consulte-se a excelente obra do autor supracitado sobre a essência do pensamento dos que influenciaram diretamente a formulação das Normas de cultura de MAYER. (p. 168-96)
22. Conforme LUNA, Everardo da Cunha. op. cit. p. 167.
23. MAYER apud SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. p. 349.
- Para ASÚA, Luis Jiménez de. op. cit. TOMO III, p. 867.

A teoria humanista de Vicente Lanza, também para concei -
tuar o delito, se eleva sobre o "meramente legal". À Lanza
o delito viola "as condições de existência da vida de rela
ção. (idem).

24. ASÚA, Luis Jiménez de. op. cit. Tomo III, p. 868.

Para Ruy J. de Freitas Camargo, in o Delito, como fato cul
tural e o problema das justificativas supralegais. Justi -
tia. p. 221 , o delito "na sua concepção substancial não
é senão um fato cultural".

25. MAYER, apud SOLER, Sebastian. op. cit. p. 349.

26. Conforme LUNA, Everardo da Cunha. op. cit. p. 183.

27. Conforme REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade Concreta.
1974, p. 115.

28. O "caso da penteadora" narrado por ASÚA, conforme Silveira, A-
lípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro. Vol. II, p. 180-
81, evidencia a problemática da justificativa supralegal com
base nas normas de cultura em que embora formalmente existis
se ilícito, materialmente a conduta era justificada.

29. Conforme LUNA, Everardo da Cunha. op. cit. p. 191 e SOLER, Se
bastian. op. cit. p. 349.

30. MAYER citado por SOLER, Sebastian. op. cit. p. 349.

31. Ver TREVIÑO, Sérgio Vela. Antijuridicidad Y Justificación.
p. 109.

32. Conforme REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 116.

33. Idem, p. 117.

34. REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 118, acompanhando pensamento de HEINITZ. Ver, em sentido contrário, SILVEIRA Alípio. op. cit. p. 225, na afirmação de que se o Juiz tiver critério ético mais apurado, poderá considerar criminosos atos que a moral média do povo não condena.

35. É a posição de HEINITZ e EVERARDO DA CUNHA LUNA, citados por REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 117.

36. Ver DINIZ, Maria Helena. As lacunas do Direito. p. 211, que considera as normas de cultura como uma das faces da equidade.

37. Em sentido semelhante a opinião de HEINITZ, citado por REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 118.

Ver também ASÚA, Luis Jiménez de. cit. vol. IV, p. 641.

38. Neste sentido BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Vol. I, p. 381.

39. Conforme ASÚA, Luis Jiménez de. op. cit. vol. III, p. 866.

40. FREITAS CAMARCO, Ruy J. de., in O Delito como fato cultural e o problema das justificativas supralegais. JUSTITIA. p. 223, refere aos crimes que surgem em certa época de crise, de instabilidade econômica.

41. Só desta forma é concebível a prescrição de adultério como

delito, (art. 240 do CP).

42. GRISPIGNI, apud FREITAS CAMARGO, Ruy J. op. cit. p. 222.
43. BASTOS, João José Caldeira. A estrutura jurídica do crime. Seqüência. (8): p. 84.
44. MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre política jurídica (I). Seqüência. (1): p. 16.
45. Apud BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. p. 989.
46. Ver JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal - Parte General. p. 279, 295 e ss.
47. Oposto ao pensamento de Miguel Reale Júnior in Antijuridicidade concreta. p. 26.
48. REALE Apud ASCENSÃO, Miguel de Oliveira. O Direito, Introdução e Teoria Geral. p. 183.
49. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. p. 105-106.
50. Sobre a sentença e seus fundamentos retóricos ver BRUN, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da Sentença Penal. p.72-84.
51. BARRUFINI, José Carlos Toseti. Modelo Jurídico e modelo dogmático. JUSTITIA. p. 155. A conclusão baseia-se em estudos de Miguel Reale. Indaga o autor, tendo em vista que um "modelo jurídico é trabalho de aferição e dados da experiência para a determinação de um tipo de comportamento não só possível mas considerado à convivência humana" por que a tipificação

- do crime de sedução? (p. 155).
52. TREVIÑO, Sérgio Vela. Antijuridicidad Y Justificación. p. 116.
53. Ver sobre o papel e a lógica do Juiz, MELO, Orlando Ferreira de. O fato e a norma na produção jurisprudencial. Monografia para exame de Qualificação. p. 10-7.
54. Consciência Jurídica, compreendida como a transformação do ético-social que amolda a norma ao momento histórico do julgar, em busca de justiça. Ou ainda, conforme MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre Consciência Jurídica. Sequência. (3), p. 76, "numa visão antropológica não só como tradição normativa da Sociedade, mas ainda como permanência de valores cultivados pelo estrato político da Sociedade".
55. O princípio exposto por Cesare Beccaria in Dos delitos e das penas. p. 16-20, tinha como fundamento e preocupação com os julgadores de, subservientes aos déspotas, exarcebarem os limites da interpretação contra as garantias individuais.
56. Observa Rosa Maria Cardoso da Cunha, in O Caráter retórico do Princípio da legalidade. p. 17-8, que "vontade do legislador", vontade autônoma da lei", natureza jurídica" ou "natureza das coisas", são mitos do pensamento dogmático. No mesmo sentido ver BASTOS, João José Caldeira. O Poder Judiciário e a Lei. A decisão contra a lei na Jurisprudência Catarinense. Dissertação (Mestrado de Direito). p. 158-60.
57. MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre consciência jurídica-cit.p.77.

58. FREITAS CAMARGO, Ruy Junqueira de. O delito como fato cultural e o problema das justificativas supralegais. JUSTITIA. p. 216.
59. A opinião é de Juan B. Ramirez e Herman H. Malarée, in Significación Social e tipicidad. Doctrina penal. Teoria y practica en las ciencias penales. nº 9-12. p. 539.
60. Idem, p. 539.
61. Apud REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade concreta. Nota à p. 54.
62. Idem, p. 54.
63. GREGORI, Giorgio. Adeguatezza Sociale e Teoria del Reato. p.112.
64. BARATTA, apud. GREGORI, Giorgio. op. cit. p. 114.
65. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. nº 1, p. 38.
66. Idem, idem.
67. Conforme MEJIA, Enrique Ramos. El Derecho Penal Y la acción socialmente adecuada. Nuevo Pensamento Penal. Revista de derecho Y Ciencias penales. p. 180-81.
68. Apud ROXIN, Claus. Problemas basicos del derecho penal. p. 101.
69. Welzel, na sua obra "Das deutsche Strafrecht" considera, primeiro, como causa de atipicidade até a 3ª ed. Mais tarde, da 4ª à 8ª ed. como causa supralegal de justificação, e da 9ª à 11ª ed.

retorna ao pensamento original.

Esta questão é particularmente analisada, conforme Zaffaroni, em GUNTHER, Bernert. Zur lehre von der "Sozialen Adaequanz" unde den "sozialadaequaten handlungen" ein Beitrag zun Recht der unterlaubten Handlungen, Marburg, 1966. p. 18 e ss.

Zaffaroni a considera consequência da aceitação da antijuridicidade material, in Tratado de Derecho Penal. V.3.p.491.

Foi justamente com suporte nesta diversidade de interpretação que Zaffaroni afirmou existir, não uma, mas várias teorias de adequação social, in La adecuacion social de la conducta. Revista de Derecho Penal Y criminologia. (nº 1), p.72.

70. WELZEL apud REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. nota nº 46 à p. 56.

71. Idem, idem.

72. DIAS, Jorge de Figueiredo. O Problema da consciência da ilicitude em Direito Penal. p. 77.

73. Idem, expressando opinião de HIRSCH.

74. Neste sentido, PIERANGELLI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. p. 38-9.

75. Sobre tipicidade e atipicidade conglobante - ver ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de Derecho Penal - vol III, p. 235-38 e 485-588.

76. Idem, p. 488.

77. WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. p. 83.

78. Idem, p. 84.

79. BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. p. 399.

80. NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal. p. 124.

Entende o mestre italiano que tanto a teoriada ação socialmente adequada quanto a da periculosidade social da ação ou do crime impossível se inserem na jurisprudência de interesses ou valores ou das fontes de direito.

81. GREGORI, Giorgio. op. cit. p. 20.

Também WELZEL, Hans. op. cit. p. 86.

82. FIORE, Carlo. L'azione socialmente adeguata nel diritto penale. p. 132.

83. ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado cit. p. 491 e, com base neste PIÉRANGELLI, José H. op. cit. p. 41.

84. MAYER, apud MEJIA. op. cit. p. 183.

85. JESCHECK, Hans - Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Vol I, p. 341.

86. Idem, p. 343.

87. CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Da natureza formal dos crimes culposos. p. 184.

88. Conforme Zaffaroni, op. cit. p. 492. Mesmo autor. La adecuacion, cit. p. 76.

89. BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 399 e s.
90. JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 341 e s.
91. GALLAS, apud Zaffaroni. Tratado... cit. p. 494, a inclui dentro de um conceito de tipicidade material.
92. FIORE, Carlo. op. cit. p. 8.
93. GREGORI, Giorgio. op. cit. p. 17 e s.
94. COUSINO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno - parte general. TOMO I, p. 426-28.
95. VELA TREVIÑO, Sérgio. Antijuridicidad Y Justificacion. p. 169.
96. ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado... cit. p. 490 e ss.
97. _____. op. cit. p. 499. Apesar de crítico do princípio acolhe-o para "determinar o alcance do tipo objetivo". Ver, neste sentido Muñoz Conde, Francisco. Teoria Geral do delito. p. 46, rechaçando como causa de exclusão do tipo mas aceitando na função de interpretação restritiva. Mesmo WELZEL, op. cit. p. 46, não refuta como princípio geral de interpretação aplicável a todos os ramos do Direito. Ainda MEZGER, citado por ZAFFARONI, Tratado, cit. p. 494, admitindo como "meio de interpretação para os casos particulares".
98. Conforme Jescheck. Idem - nota a p. 343. Também MEJIA, Enrique R. op. cit. p. 183.

99. Klug, conforme Jescheck, op. cit. p. 343 e Zaffaroni. La adecuacion, cit. p. 72.
100. Schmidhäuser. Conforme Zaffaroni, cit. supra p. 72.
101. ROEDER, Herman. Die Einhaltung des sozialadäquaten. Risikos. Berlin: Duncker & Humblot, 1969. p. 94.
102. PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 40.
103. Idem, p. 41.
104. TOLEDO, Francisco de Assis. Ilícitude Penal e Causas de sua exclusão. p. 142.
Ver também, do autor, Princípios básicos de Direito Penal. p. 119-20.
105. FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal - A nova Parte Geral. p. 189-90.
106. MIRABETE, Julio Frabrini. Manual de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 1, p. 120.
107. CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Dolo do Tipo - Teoria da ação finalista no Direito Penal. p. 75-6.
Ver do autor. Da natureza formal dos crimes culposos - contribuição da teoria egológica do direito para a teoria finalista da ação. p. 180-86, e 210-11.
108. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito Penal. Vol. I, p. 450-52.
109. MACHADO, Luis Alberto. Direito Criminal-Parte Geral. p. 123.

110. REALE JR., Miguel. Antijuridicidade concreta. p. 58, orientando ser a antijuridicidade o cerne do tipo, o que determina a ligação entre antijuridicidade e costumes sociais.

111. GREGORI, Giorgio. op. cit. p. 45.

112. Neste sentido, FIORE, Carlo, op. cit. p. 134.

CAPITULO II - TIPICIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL

1. O Princípio da legalidade
2. A legalidade da ação socialmente adequada
3. Tipo e adequação social
4. O risco permitido e adequação social
5. O princípio da insignificância
6. Erro e adequação social
 - 6.1. A teoria do erro
 - 6.2. A adequação social do erro

Notas bibliográficas

CAP II - TIPICIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (1)

O princípio da legalidade, de origem fundamentalmente político, foi consubstanciado na formulação de FEUERBACH no começo do século através do nullum crimen nulla poena sine lege. Já estava implícito na MAGNA CARTA LIBERTATUM de 1215 (2), no BILL OF RIGHTS e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Com maior ou menor clareza e amplitude é consagrado nos textos constitucionais pátrios (art. 5, inciso XXXIX), e nos códigos penais brasileiros (CP 1830 - art. 1º e 33, 1980 - art. 1º; consolidação das leis penais, art. 1º; 1940, art. 1º com a reforma da lei 7.209). (3)

Conforme SOLER (4), é identificado por alguns autores como resultado das quaestiones perpetuae onde existia a coercitio dos magistrados.

Houve a preocupação natural de se limitar o poder discricionário dos magistrados, que passaram, a partir do CP Francês de 1791, com penas fixas, a restringir sua atividade à aplicação mecânica da pena prevista, impedindo a utilização da fórmula "pour le cas résultant du procès".

Através da reserva legal concedeu-se ao homem

a segurança jurídica contra o poder no fortalecimento das garantias individuais.

CARRARA, ao afirmar ser o delito não uma ação mas uma infração à lei, deu o fundamento jurídico objetivo da garantia. (5)

Ressalte-se, dentre as obras que norteiam essa transformação, a de MONTESQUIEU com seu "L'esprit des Lois" e a de BECCARIA, com seu célebre Dei Delitti e delle pene (1764), escrevendo o mestre italiano contra a obscuridade das leis e a excessiva amplitude de poder dos magistrados, já que "sendo as leis exatas e claras o Juiz fica limitado à constatação do fato". (6)

O autor francês, na magistral obra citada, afirmava coerentemente ao século que vivia: "quando o juiz presume, os julgamentos se tornam arbitrários; quando a lei presume, dá ao Juiz uma regra fixa". (7)

Se à época era válida a preocupação de limitar-se, ao máximo, a atuação do magistrado ao expressamente previsto nas leis pelo excessivo rigor na criação de tipos legais e na aplicação de penas desmesuradas, hoje permite-se até a analogia, se in bonam partem pois, assim fazendo, ainda mais se asseguram as garantias do cidadão. (8)

A segurança jurídica e a liberdade individual exsurtem do princípio referido, nascido mais por força de natureza política que propriamente jurídica, impedindo não só a aplicação de penas não previstas ou a criação de normas incriminadas

ras, mas também, a retroatividade de lei in pejus, como corolário, resguardando-se da onipotência do Estado e, por extensão, do próprio juiz.

Na defesa dessa premissa JESCHECK, conquanto reconheça "por razões de segurança e igualdade jurídica" o ideal de prescrever todas as formas possíveis de justificação, é incisivo: "A função de garantia da lei penal, não resulta questionada pela admissão das causas de justificação suprapositivas ou consuetudinárias, porque não determinam aplicações, senão restrições de punibilidade". (9)

A irretroatividade levou os juristas a prescreverem, como BACIGALUPO (10), que as decisões jurisprudenciais não poderiam ser aplicadas a casos futuros quando tinham divergências de entendimento, conservado o mesmo texto legal.

O pensamento originário do Direito alemão, relacionado ao "limite de capacidade de conduzir" e concentração alcoólica no sangue, perfeitamente aplicável ao Direito pátrio, em especial na quantidade de droga que caracteriza o tráfico, como tem anotado algumas decisões (11), caracteriza-se, apesar de posições contrárias, em lesão ao princípio da proibição retroativa. (12)

A liberdade individual, protegida, não é absoluta ou fruto de mero deleite, mas limitada pelo conjunto, não podendo se transformar em fator de desarmonia social.

Em princípio, ainda que permeado pelo retóri-

co (13), deve ser um instrumento do Direito para a realização de justiça, concepção de justo que advém da simbiose entre a norma e o fim a que ela se destina.

2. A LEGALIDADE DA AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA

A formulação e as razões de existência do princípio da legalidade demonstram, inequivocamente, a legitimidade da adequação social como forma de restringir o poder de punir e, mais que isso, realizar uma concreta justiça, material.

A certeza do direito, a garantia da liberdade do indivíduo contra o Estado onipotente, a impossibilidade de se julgar analogicamente e de criar normas incriminadoras, empresta à teoria em estudo um elemento de segurança jurídica.

Esta contra-dogmática não desqualifica "as funções indiciárias e de garantias atribuídas do tipo" como expressa ROSA MARIA CARDOSO (14), ao contrário, amplia essa garantia pois impede que uma norma incriminadora alcance uma conduta que a própria sociedade reputa como normal. Ora, se a função referida prescreve que só pode ser punido o cidadão que no momento da prática do ato sabia que sua conduta era ilícita e o princípio analisado restringe a interpretação do intérprete, qual o prejuízo?

Ela rompe com as estruturas formalísticas do direito puramente dogmático pela discricionariedade do intérprete em busca de equidade, individualizando a justiça, emprestando ao direito uma função dinamizadora, sem sacrificar o princípio da reserva legal. (15)

Qual a liberdade individual a ser preservada

com a restrição que pretende o formalismo positivista?

Se a ação aparentemente típica é valorada de forma a excluir a própria incriminação ou é acolhida como causa extralegal de justificação, o decisório resulta sempre com maior certeza do direito. (16)

O princípio da legalidade, na lição de SCIATTS TEIN, deve ser lembrado como meio de fornecer ao intérprete um fundamento, não para alargar a esfera da norma incriminadora mas de restringir ou de determinar o âmbito efetivo da incriminação segundo a ratio da norma. (17)

O que se depreende da aplicação da adequação social é a necessidade de se valorar o efetivo prejuízo ao bem tutelado e a forma pela qual esse bem foi atingido, pois não se pode permitir que "um exarcebado fetichismo legalista possa transformar o Direito Penal em instrumento de iniquidade". (18)

A segurança jurídica está, ao contrário, não fundamentada essencialmente na lei, que serve de parâmetro, mas nos valores imanentes e substanciais emergentes do grupo social que possibilitam individualizar o limite discriminante da norma pelo seu amoldamento ao caso concreto. (19)

O apego ao formalismo gera uma "crise de legalidade", pela impossibilidade de que a norma acompanhe as mudanças e transformações na sociedade.

É justamente o "uso do critério material para a interpretação da norma penal, no denunciar a insuficiência da

lei, a preencher a diferença entre o direito e a realidade, que revela um geral e agudo fenômeno de "Crisi". (20)

A recusa em aceitar a adequação social porque infringente do princípio da legalidade é menos válida que a preocupação que se deve ter em relação aos delitos culposos - tipos abertos por excelência, - e o problema da culpabilidade a ferida pelo intérprete, o "cuidado necessário" caracterizador da violação da norma ou a "exigibilidade de outra conduta", como fatores excludentes de culpabilidade ou valorações, também subjetivas, que podem afetar a garantia do cidadão.

3. TIPO E ADEQUAÇÃO SOCIAL

Resulta evidente que o tipo, ao menos na sua concepção atual, não pode prescindir de uma valoração dos seus elementos, abstraindo-se de um conceito meramente formal para um substancial, que lhe dê a exata medida de aplicação ou de censurabilidade, podendo ser chamado o "pórtico de entrada para que a conduta de um cidadão possa ser provada em sua contravenção ao direito penal". (21)

Há os que preferem separar com entendimentos distintos, tipo e tipicidade (22), constituindo-se aquele na imagem retora, e este "a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal". (23)

Se a formulação do tipo fez-se necessária à época, início do século, por BELING para se contrapor à interpretação extensiva dos julgadores levando a uma excessiva restrição da própria liberdade individual, tentou-se posteriormente resguardar o princípio do nullum crimen nulla poena sine lege de Feuerbach, inserindo-se na dogmática princípios que dessem um conteúdo real às normas.

Assim, se Mayer formulou sua teoria das normas de cultura (24), os elementos negativos do tipo foram propostos por BAUMCARTEN (25), e WELZEL tentou com o princípio da conduta socialmente adequada restringir o alcance dos tipos àquelas condutas que se "consideram inadequadas a uma vida social

ordenada". (26)

O princípio, de certa forma, responde à proclamada necessidade de intervenção mínima do Estado ao prescrever sanções tão somente para comportamentos que ultrapassem os limites do mínimo ético (27), permitindo ao Direito o amparo dos valores elementares da vida em comunidade. (28)

Os tipos, em todos os ordenamentos jurídicos, devem, ao serem elaborados, representar justamente aqueles comportamentos que traduzem valores sociais a serem preservados, evitando, desta forma, uma desconexão funcional entre a norma abstrata e o fato concreto.

Se o Estado pode recorrer a sanções civis, mais adequadas para reprimir condutas que não afetem a coletividade ou, que não provoquem um "intenso ou difuso alarme coletivo" (29), não pode o legislador impor ao cidadão mais do que o necessário para a consecução dos valores sociais, e não uma mera formulação teórica afastada da realidade. (30)

O tipo tem assim, com a aplicação do princípio em estudo, uma específica função social numa adequação constante do conteúdo da norma ao consenso social, através de um exercício valorativo do intérprete ideologicamente identificado com o meio em que vive.

Ora, se há uma aceitação de que a preservação de bens jurídicos, tornados efetivos pela ação do legislador, deve ser consequência da aferição de experiências viven-

ciadas pela coletividade, essas mesmas experiências são o suporte teórico-prático do intérprete para amoldar a conduta sob análise ao modelo jurídico - tipo - não num simples enquadramento legal mas acorde à realidade social presenciada no momento do fato.

Além disso a adequação social permite considerar algumas condutas, normais à vida em sociedade, fatos penalmente irrelevantes.

Essa é a posição do seu autor, WELZEL, para quem os comportamentos que se mantêm dentro da normalidade não são delitos ainda que exista uma intenção reprovável. É o exemplo citado do sobrinho que estimula seu tio, de quem é herdeiro, a utilizar, com frequência, os meios de transporte com a esperança de que possa morrer em acidente. A atipicidade estaria no argumento de que a "participação no moderno tráfego motorizado, ferroviário ou aéreo, seria uma atividade socialmente adequada".
(31)

O que se conclui do acima expresso é que "todo comportamento justificado é socialmente adequado" (32), pensamento em que se incluiriam as excludentes previstas no direito substantivo que teriam, em tese, segundo SCHAFFSTEIN, o "reconhecimento da conduta como adequada por parte da comunidade".
(33)

A adequação social, a sua delimitação na ordem jurídica, estaria justamente em consonância com os limites do

dever de cuidado que corresponde a qualquer um no trato de pessoas e coisas. (34)

Para JESCHECK também aos delitos dolosos só é possível imputar um resultado se o autor "infringe um dever de cuidado que o obriga objetivamente". (35)

Exemplifica com uma decisão do Tribunal Supremo Federal da Alemanha em que o marido que abandona sua família tem comportamento socialmente adequado mesmo que tendo consciência de que com essa conduta possa motivar o suicídio de sua mulher.

Sobressai-se, deste modo, uma forma de limitação ao tipo, evitando o processamento de fatos resultantes de comportamentos considerados normais dentro do mundo cultural.

Há um "hiato artificial entre a valoração jurídico penal e a valoração ético social" (36), espaço este a ser questionado pelo intérprete na medida da consciência social, pelos valores éticos daquela comunidade, o que evidentemente impede uma valoração uniforme num espaço considerado como o Brasil, de imensas distâncias e variadas culturas.

Desmorona de certa forma o conceito clássico de tipicidade, que aliás nunca esteve consolidado, de Belling, restringindo o Tatbestand unicamente aos elementos descritivos do crime, ou seja, aos elementos chamados objetivos.

Assim, o tipo legal será adequado à conduta do caso concreto quando houver inadequação social àquela estabele-

cida, existente no corpo social sendo atípica a que se aceita, ainda que tacitamente como conforme aos ditames do normal comportamento.

Não pode o intérprete deixar de lado a significação social do comportamento que, se impróprio, será considerado como aquele previsto em abstrato no ordenamento jurídico tornando, em consequência, o tipo, uma espécie mutável, transformado pelas circunstâncias de vida que também se altera, mudando-se à evolução ou mesmo involução do corpo social.

Ora, o que aconteceu na Argentina (37) antes de 1973 quando se faziam críticas políticas e sociais cujos autores não eram punidos e, posteriormente, quando as mesmas foram sujeitas à apenação, demonstra a existência inequívoca do princípio em tela, concluindo-se que ele não subsiste como princípio limitador da amplitude do tipo legalmente descritivo nos sistemas políticos autoritários.

Da mesma forma o que ocorreu no Brasil durante o regime militar e após com a chamada abertura política, quando as críticas então existentes, até enquadráveis na Lei de Segurança Nacional, passaram a ser comuns nos programas de rádio e televisão sem qualquer reprimenda por parte dos órgãos competentes.

Não diferente o que aconteceu com a censura em nosso país com a Constituição de 1988 que preconiza a sua proibição, implícita (art. 5, IX) e de forma expressa (art. 220, § 2º). Com

Assim, crimes contra os costumes são cometidos, frutos da expressão da atividade "intelectual e artística" com a tolerância da sociedade, transformando a ilicitude formal em substancialmente lícito. (38)

Não é só, pois, "função do legislador decidir o que é socialmente adequado", como quer MAYER (39), mas do juiz restringindo a excessiva amplitude do abstratamente previsto através do tipo legal.

É temerária a exclusividade pelo simples fato de ser o processo legislativo, em particular o das leis penais, moroso de forma a impedir a evolução paralela, necessária, da ética social.

ZAFFARONI, embora não aceite plenamente o princípio, afirma que só pode ser admitido quando se considera a tipicidade como pressuposto da antijuridicidade, recusando a sua existência como causa supralegal de justificação, pois neste caso se identificará com outras causas, já sem aceitação plena dos estudiosos do Direito Penal. (40)

A contrário do pensamento atual acerca da teoria do delito (41), esse autor entendia que o "Juiz, o dogmático deve remeter às valorações sócio culturais só nos casos em que a lei o remete a elas" (42), deixando expreso ser irrecusável a proposta de inserir na construção dogmática os valores sócio culturais, o que geraria uma insegurança, redundando em fracasso o Direito como ciência.

A tentativa de redução aos seus estritos limites, para ZAFFARONI, acompanhando pensamento de JESCHECK (43) , coloca a teoria ou princípio de adequação social ao lado dos delitos culposos, abertos por excelência, "estabelecendo o critério pelo qual se determina o cuidado necessário". (44)

Para o segundo autor citado, "também nos delitos dolosos a imputação do resultado depende de que o autor infrinja um dever de cuidado que o obriga objetivamente" (45) mas, no entanto, refere-o especialmente aos tipos abertos, culposos.

Assim, nos casos de atos obscenos do art. 129 do Código Penal Argentino e outros semelhantes que remetem à identificação de valores ético-sociais, haveria a aplicação da teoria em pauta.

Também com vigência residual, a conduta seria adequada socialmente, quando não sendo expressamente relevante pela ordem jurídica, tenha o seu valor jurídico ditado pela relevância ético-social da mesma. (46)

Da mesma forma, a observação do Professor argentino seria aplicável a casos de crimes contra os costumes no Direito Pátrio em que se deixa ao intérprete a valoração dos chamados elementos normativos, tais como "mulher honesta" do art. 215, 216 e 219, ou "ato obsceno" do art. 233, "escrito" ou "objeto obsceno" do art. 234, etc.

Deixa implícita, entretanto, que a teoria da adequação social, em certos fatos, estaria inserida no

que chama de tipicidade conglobante, ou seja, a verificação de que a conduta legalmente típica permanece antinormativa à luz das outras normas da ordem jurídica. (47)

4. RISCO PERMITIDO E ADEQUAÇÃO SOCIAL

A teoria do risco permitido, aplicável aos delitos culposos para apreciação do injusto, teve através de BINDING a compreensão de que "tanto mais imprescindível seja um tipo de comportamento humano, tanto maior será o risco que, em relação a ele, se deverá ocorrer, sem que disso resulte uma reprovação jurídica". (48)

Aceita-se assim a existência no mundo moderno, atual, de atividades que são, apesar de cuidados exigíveis, perigosas aos que dela vivem e mesmo à comunidade (49). Mas é importante que se verifique se esses atos ou ações essencialmente perigosas têm alguma finalidade útil à sociedade ou se a ela são imprescindíveis, o que resultará na atipicidade do comportamento.

Nas atividades ligadas ao tráfego de veículos, exploração em minas, construção de edifícios, etc, é visível que o risco permitido é uma forma de adequação social, ou seja, a lei não pode punir aquilo que a própria sociedade considera importante a sua vida normal.

O risco permitido seria na proposição de MUÑOZ CONDE (50) juntamente com o caso fortuito "uma causa de exclusão do tipo de injusto", expressão essa que designa uma face do conceito maior de elementos negativos do tipo, identificando tipicidade como a própria antijuridicidade tipificada. Depreende-se que o tipo teria não só elementos positivos mas negativos, sen-

do estes representados na ausência de causas de justificação.

A teoria do risco, esboçada inicialmente no campo da culpabilidade, na concepção clássica do delito, foi compreendida, quer na valoração de tipicidade, quer como incluída na antijuridicidade.

Já WELZEL (51) e JESCHECK (52) dentre outros veem-na como forma de adequação social, entendendo este último que, em alguns casos, manifesta-se como causa de justificação. (53)

O exemplo do trânsito é lembrado, quando se fala de risco permitido, notadamente se o policial encarregado determina que os condutores infrinjam as normas tais como excesso de velocidade, circulação sobre meio fio, o que não impede se tenha o cuidado objetivo necessário.

No atual desenvolvimento tecnológico-científico há que se ter uma doutrina - risco permitido - sem esquecer que não se pode "conectar adequadas situações sociais absolutamente inadequadas, quando conflitem desabridamente com a natureza humana, primeira, contrariada". (54)

Não é apriorística e permanente a conceituação deste princípio. As variáveis que interferem no juízo de valor do intérprete são mutáveis, acompanhando não só a evolução tecnológica mas, junto a ela, o real cuidado objetivo que em consequência da conduta se deva ter. (55)

Apesar de não se constituir em elemento analó

gico para a criação de delitos, o que seria inaceitável e mesmo inconstitucional, não se pode transformar em ilimitada "concessão de privilégios ou de imunidade penal" (56) como se determinadas profissões, aprioristicamente etiquetadas" (57) como socialmente adequadas, fossem, por isso, isentas de recriação jurídica-penal.

5. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Proposto por CLAUS ROXIN, o princípio da Insignificância fundamenta-se na restrição à tendência excessivamente ampla de acolher fatos sem relevância como tipos legais formalmente previstos.

Há uma ligação clara entre esse princípio e a teoria social da ação, sendo na concepção do autor citado uma regra de interpretação que torna o fato atípico.

WELZEL acreditava ser suficiente a adequação social, incluída nesta o resultado insignificante (58). Embora mais aceitável, inicialmente nos delitos culposos, sua aplicação foi ampliada, na atual tendência descriminalizante, para atingir também os delitos dolosos.

Compreendendo como "regra de interpretação de elementos típicos isolados" HIRSCH (59) também concebe o princípio dentro da doutrina de adequação social, nesta sobressaindo não só do valor do resultado mas também do valor da ação, estando incluído no primeiro os de resultados irrelevantes.

Não se pode negar que literalmente o princípio da insignificância só pode ser concebido para descaracterizar um tipo legal, justamente em nome da adequação social.

Para acolher-se como válida a teoria é mister que se apreenda o ensinamento de JESCHECK (60) de que o bem jurídico é o ponto de partida e a idéia que preside a formação do

tipo e só a ofensa com certa gravidade é aquela protegida pela norma; ou a afirmação de von LISZT (61), segundo o qual o bem jurídico é o ponto de união entre a dogmática e a política criminal; mais que isso, é o ponto de união entre a teoria do delito e a realidade social.

Essa realidade exige do intérprete uma valoração na medida da consciência popular mais que da consciência jurídica.

Sobreleva-se a competência do princípio como uma forma de corrigir a discrepância entre o abstrato e o concreto e dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito. (62)

Neste entendimento seriam excluídas as pequenas lesões, classificadas como levíssimas (63) como também os furtos em que a coisa apresenta valor irrisório, ou o descaminho (art. 334, § 1º, d) de produto estrangeiro em que a lesão tributária ao fisco é reduzida, ou ainda o peculato (art. 312) quando o funcionário público se apropria de ninharias do Estado.

Não impediria o reconhecimento da atipicidade do fato a aplicação de medidas civis e administrativas.

BUSTOS RAMIREZ (64), partindo da premissa maior de que o sentido social do comportamento é que vai determinar a sua correspondência ao tipo legal, exclui dos tipos as condutas socialmente normais porque não atinge o bem jurídico visado pelo legislador.

Dentre estes assinala a "falta insignificante de significacion social", (65), ou seja, os comportamentos que afetam de forma insignificante o bem jurídico, tais como furto de pequena monta, lesões levíssimas, etc.

O princípio se estende a outros casos do direito, não se limitando, da mesma forma que o da adequação social, ao Código Penal. (66).

MIR PUIG (67), credita à adequação social fundamentos distintos do princípio da insignificância. Enquanto no primeiro há a aceitação do comportamento pelo corpo social, o segundo resulta tolerável pela sua ínfima consequência danosa.

A solução, por via da aceitação do princípio da insignificância, no sentido do princípio maior "mínima non curat praetor", nasceu conforme Roxin no estudo do delito de constrangimento ilegal, onde "as influências coercitivas sem duração e as consequências que não são dignas de menção, não são socialmente danosas em sentido material". (68).

Em alguns códigos penais esse princípio é adotado de forma expressa ou implícita dentro do conceito mais amplo de perigosidade social da ação. (69).

GESSINGER (70) também é acorde ao entendimento que o princípio da insignificância seja espécie do gênero "ausência de perigosidade social", fazendo com que o comportamento deixe de ser criminoso.

Essa solução para elidir a chamada criminali-

dade de bagatela (71) estaria amparada em dois pontos fundamentais, evitando-se uma excessiva despenalização e uma ruptura da segurança jurídica (72): desvalor do evento e desvalor do resultado.

Na doutrina brasileira, ainda que não expressamente previsto, vem sendo, de forma crescente, acolhido.

O TACRIM de São Paulo decidiu que:

1. "Em caso de subtração de coisa insignificante, como singela melancia, o dano é tão párvulo que o tipo não se integra, impondo-se o desacolhimento da ação penal". (73),

2. "No que concerne à figura típica sob a rubrica 'maus tratos', adotou-se no Direito brasileiro o 'princípio da insignificância' para que o julgador, prudentemente, fuja de incriminações não sancionadas pelas normas de cultura vigentes". (74)

3. "A insignificância das lesões sofridas pela vítima afasta a tipicidade do crime previsto no art. 129 do CP, impondo-se solução absolutória. (75)

Ressalte-se que os poucos casos de decisões, na aceitação tácita de princípios não previstos em leis, fazem com que o intérprete se afaste do problema pela absolvição por "inexistência de provas", como se as decisões contra elas fossem uma heresia, na compreensão errônea e mumificada de que o ordenamento jurídico é um todo harmônico, sem lacunas, destituído de ambigüidades.

Aliás a Justiça Brasileira convive atualmente com o "dilema" entre a Justiça ideal e a Justiça necessária, urgente, mais ágil, que responda de maneira eficaz aos que dela necessitam.

O Direito Penal precisa urgentemente adequar a norma abstrata à concreta valoração do dano causado e efetiva periculosidade social, evitando que se avolumem nos cartórios miríades de processos de "bagatela" para se dedicar àqueles em que a lesão é sensível ao corpo social, não prescindindo de uma resposta imediata e cautelosa.

Esse princípio, considere-se ou não inserido no da adequação social, o que parece lógico, está, face aos problemas de necessária prestação jurisdicional rápida, nascendo na consciência jurídica da Nação.

Ou o legislador acolhe o componente do efetivo dano social para caracterização do injusto ou se permita ao intérprete realizar a adequação do fato à norma na compreensão de que "o Direito Penal é parte da política social e que constitui instrumento a ser usado com parcimônia pelo alto custo social que a pena apresenta". (76)

De uma forma ou outra serve à caracterização do injusto, mesmo que se o compreenda como integrante da antijuridicidade material. (77)

ZAFFARONI, ainda que pautando-se na sua tipicidade conglobante, também exclue do tipo legal as "afecç

taciones insignificantes", apesar de adequar-se à descrição abs
trata, conclusão resultante da análise do Juiz ou intérprete so
bre a norma edificada pelo legislador, fundamentando-se no ele-
mento teológico do tipo. (78).

6. ERRO E ADEQUAÇÃO SOCIAL

6.1. A Teoria do erro

Na concepção tripartida do delito não é possível classificar um ou outro elemento de maior ou menor importância. Mas, na essência da teoria do erro está a culpabilidade que, certamente, foi a que sofreu mais transformações no estudo do delito.

De uma concepção de culpabilidade de direito natural, fundada na teoria da liberdade da vontade na Baixa Idade Média, à teoria psicológica na segunda metade do século XIX, com a relação subjetiva do autor como resultado antijurídico, chegou-se à concepção normativa pela lacuna na anterior em explicar a culpa inconsciente ou a culpa de alguém que se acha em estado de necessidade. Nessa última, formulada por FRANK em 1907, com a afirmação "CULPABILIDADE é reprovabilidade" introduzia um elemento normativo: o juízo de valor.

Com a doutrina finalista colocou-se o dolo na ação e, portanto, também no tipo de injusto, e a consciência potencial da ilicitude na culpabilidade. (79)

O direito positivo brasileiro modificou sua origem em relação à problemática do erro, passando do erro de fato e de direito do CP para o erro de tipo e de proibição, oriundos do Direito Alemão, exceto na legislação penal militar acompanhando pensamento da globalidade da comissão que elaborou os textos de 1969.

A modificação trasladou a teoria do erro de uma fundamentação na relação fático-jurídica para os elementos tipo-antijuridicidade.

Enquanto o erro de tipo fundamenta-se nos elementos do tipo excluindo o dolo, o erro sobre a ilicitude, conhecido por erro de proibição, ampara-se na antijuridicidade e, quando presente, não exclui o delito mas afasta a reprovabilidade da conduta.

6.2. A Adequação Social do erro

A conduta socialmente adequada seria um erro de tipo ou de proibição?

WELZEL entende ser um erro de subsunção, atingindo a antijuridicidade, ressaltando ZAFFARONI (80) que essa interpretação, assim como o entendimento do problema dos outros autores que tratam do assunto imbrica-se, justamente, a forma como é compreendida a teoria da adequação social.

Se ligada à tipicidade a teoria tornaria a ação atípica; ao contrário, se compreendida como excludente extralegal de justificação o comportamento estaria, fruto de erro, incidindo na antijuridicidade.

A afirmação de ZAFFARONI não parece de todo ' correta, pois WELZEL na sua 11ª ed., 2ª ed. castelhana, mesmo a ceitando o princípio no âmbito da tipicidade orienta, quando incorre o erro, com efeito na antijuridicidade. (81)

Para ULCRICH KLUG o erro será um ou outro conforme incida sobre a congruência social ou adequação social (82), sendo primeiro de erro de tipo e o segundo, de proibição.

ZAFFARONI crê que se a adequação social fundamenta-se sobre remissões tácitas ou expressas do legislador para precisar o alcance da tipicidade objetiva, será erro de tipo, e, equiparando à tipicidade conglobante, com tratamento de erro

de proibição quando colocada sobre "um corretivo proveniente da ética social. (83).

O que se infere da doutrina da adequação social sobre o erro é que se assenta na consciência da ilicitude. Quando o agente atua na suposição de ser seu comportamento eticamente aceito ou recomendável pensa, em consequência, ser lícito. Se, com todas as precauções do caso concreto, parece ao intérprete caracterizada a atuação do autor, objetiva e subjetivamente, considerada dentro dos parâmetros de sua visão cultural, a conclusão é que o erro incidiu na suposição de ser lícito o que a lei recrimina.

Quer dentro da política dos que defendem as teorias do dolo, quer na dos que pensam consoante as teorias da culpabilidade, o erro sobre a adequação social só pode incidir na consciência da injuricidade.

O equívoco do agente ante a realidade fática traz inserida, sempre, uma falsa crença de que age de acordo com o que ele imagina ser a realidade social ou seja, daquilo que a consciência popular presume lícita.

Há dificuldade de valoração, mas não será maior que a de prescrever quando e como ocorrerá a própria adequação social.

Desta forma o erro nunca seria exclusivamente sobre o fato típico mas também, e sempre, sobre o jurídico, caracterizando-se, portanto, em erro de direito, ou erro de proibição, ambos, se inevitáveis, isentando de pena.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

CAP II

1. Ver análise de BATISTA, Nilo sobre o princípio da legalidade face o texto da Carta Magna de 1967, (art. 153, § 16), julgando a redação pobre. In Bases constitucionais do princípio da reserva legal. Revista de Direito Penal e Criminologia. p. 54-60.
2. A exceção na história jurídica brasileira, ferindo o princípio da legalidade é a lei 4.166 de 11/3/42, referente à indenização por dano de guerra, dispondo no § 3º do art. 5º que "para a caracterização do crime o juiz poderá recorrer à analogia".
3. SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. p. 119, contesta a existência do princípio na Magna Carta de 1.215. Também ZAFARONI, E. Raúl. Tratado de Derecho Penal. Vol. I, p. 132-33, observando que naquele documento se garantia somente a legalidade processual, tanto que o Direito Inglês não reconhece o princípio, inexistente no seu common law.

No mesmo sentido, ver FRACOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. V.I-p. 90-1. Ver também CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. O Caráter Retórico do Princípio de Legalidade. p. 31, referenciando a "posição desprestigiada pela própria história dogmática" oferecendo apenas garantia processual.

Ainda ver BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal

Brasileiro. p. 65-66.

4. Apud MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito Penal. Vol.I, 1988,p. 236.
5. Apud MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 236.
6. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. p. 24.
7. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de.
O Espírito das Leis. p. 612.
8. Neste sentido MIR PUIG, Apud FRANCO, Alberto Silva et alii..
Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. p. 25.
9. JESCHECK, Hans H. Tratado de Derecho Penal - Parte Geral.
p. 447.
10. BACIGALUPO, Apud FRANCO, Alberto Silva et allis. op. cit.p.25.
11. "Posse de pequena quantidade de maconha (0,09 g (...)) leva ao entendimento de destinar-se ao uso pessoal" (TJRJ-AC 11.287 - Rel. Hermano Odilon dos Anjos - RT 586/379., in CP e sua Interpretação Jurisprudencial, cit. p. 1754.
"... 134 g de maconha é insuficiente para caracterizar o delito do art. 16 da Lei 6368/76 - TJSP - AC 26.634 - Rel. Geraldo Gomes, RT 594/331", in CP. cit. p. 1755.
"Em 1 g de maconha, o THC, que é seu componente responsável pela euforia,corresponde a 10 mg. Destes, apenas metade é absorvida, o que é insuficiente para gerar distorções psíquicas no agente, em face do metabolismo" (TJSP - AC 24.048-3 -

Rel. Paulo Neves - RT 585/290, in CP. cit. p. 1755.

Mas, em sentido contrário, prescrevendo que a quantidade de maconha não tem o condão de caracterizar a posse ou tráfico, conforme Ministro Oscar Correa, in RE 109.553-9-SP, conforme CP e sua Interpretação Jurisprudencial cit. p. 1757.

12. FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. p. 85, orienta que a proibição de retroatividade não se refere às jurisprudências e, sim, à lei.
13. ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA, in O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade, cit. p. 37, chama de tópico retórico este "princípio ideológico ordenador da interpretação e aplicação dos institutos jurídicos expressando pontos de vista aceitos pela comunidade dos juristas".
14. CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. op. cit. p. 62.
15. Neste sentido, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Considerações em torno da supralegalidade no Direito Penal. RT 345. p. 25.
16. Em sentido semelhante, ver FIORE, Carlo. L'azione socialmente adeguata nel diritto penale. p. 270.
17. SCHAFFSTEIN, Apud FIORE, Carlo. op. cit. p. 271. Ressalte-se que o jurista alemão citado, autor de SOZIALENDQUANZ, foi o maior defensor da supressão do nullum crimen nulla poena sine lege, subordinado, segundo ele, ao interesse social de punir.

18. MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. Vol II. p.230.
No mesmo sentido, ver Silva Franco, Alberto, et alii. op. cit. p. 115, mas na defesa da aplicação das excludentes supralegais como "garantia do direito de liberdade do cidadão na medida em que, através de uma tipologia, define condutas ilícitas, lembrando, no entanto, "por razões de maior segurança jurídica, que o legislador, dentro do possível, procure esgotar as causas de justificação".
19. NUVOLONE, Pietro. I Limiti Taciti della Norma Penale. p. 18.
20. GREGORI, Giorgio. Adeguatezza sociale e teoria del reato. p. 114.
21. ZIPF, apud RAMÍREZ, Juan Bustos e MALÁRÉE, Hermán H. cit. p. 545-46.
22. Ver MACHADO, Luiz Alberto. Tipo. Revista dos Tribunais. Vol. 462, p. 299-305.
Também KARAN, Munir. A jurisprudência dos tipos. Revista da associação dos magistrados do Paraná. nº 46, p. 23-36.
Ainda sobre o assunto MUNÓZ, CONDE, Francisco, op. cit. p. 41-2.
23. ZAFFARONI, E. Raúl. Manual de derecho penal - Parte General. p. 373. Ver também MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 437-38.
24. Ver capítulo I nº 3.
25. Sobre os elementos negativos do tipo ver MUNÓZ CONDE, Francisco. op. cit. p. 43-4, originária, segundo o autor, da identificação entre tipo e antijuridicidade. Também WESSELS, Johannes. Direito Penal - Parte Geral (Aspectos Fundamentais). p. 30-2, MAYRINK DA COSTA; Álvaro. op. cit. p. 446-48, JESCHECK, Hans II. op. cit. p. 338-41. e ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado... cit. p. 207-09.

Conforme ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado... cit. p. 208, a teoria foi exposta por Adolph Merkel, tendo-se filiado a ela Reinhart von Frank, porém, como oposição à Beling, foi Arthur Baumgarten quem a concebeu doutrinariamente.

26. WELZEL, Hans. op. cit. p. 83.

27. MANZINI, citado por HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. vol. I, p. 210, na afirmação: "se o ilícito em geral é a solução do mínimo ético, o ilícito penal é a violação do mínimo do mínimo ético".

28. TREVIÑO, Sérgio Vela. op. cit. p. 148.

29. HUNGRIA, Nelson. op. cit. p. 205

Diz o maior penalista brasileiro, à p. cit., que "o legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas".

30. Nesse sentido LÓPES REY, Manoel. O Direito Penal, como pro-fissão e como função social. Revista Brasileira de Crimi-nologia e Direito Penal. nº 12, p. 61. Ver em especial a crítica ao Anteprojeto de Nelson Hungria, documento que resultou no CP de 1969, que não entrou em vigor e as con-siderações finais.

31. WELZEL, Hans. op. cit. p. 84.

32. Weber, citado por Dias, Jorge de Figueiredo. O Problema da consciência da ilicitude em Direito Penal. nota nº 30, p. 77.
33. SCHAFFSTEIN, citando por Dias, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 77.
34. Conforme Engisch, apud JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 341-42.
35. JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 342.
36. GREGORI, Giorgio. op. cit. p. 17.
37. O exemplo é de RAMIREZ e MALARÉE, op. cit. p. 545.
38. Ver sobre o tema CUNHA LUNA, Everardo da. A arte e o obsceno. Fascículos de Ciências Penais. nº 4, p. 60-6.
39. Apud Mejia, Enrique Ramos. op. cit. p. 183.
40. ZAFFARONI, E. Raúl. La adecuación. cit. p. 73.
41. ZAFFARONI, E. Raúl. Em busca de las Penas Perdidas. p. 251 e ss, apresentando uma visão crítica.
42. ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado cit. p. 498-99.
43. JESCHECK, Hans H. cit. p. 341-43.
44. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 79.
45. _____. op. cit. p. 342.
46. Ver ZAFFARONI, Tratado cit. p. 491 e 498-99.

- Ver PIERANGELLI, José Henrique. op. cit. p. 41.
47. Ver ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado... cit. p. 235-238.
48. Apud TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p. 291.
49. Ver GOTI, Jaime E. Malamud. La estructura penal de la culpa. p. 46.
50. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. p. 119.
51. WELZEL, Hans. op. cit. p. 84.
52. JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 553.
53. _____. op. cit. p. 557, ver análise em GOTI, Jaime E. M. op. cit. p. 52 e ss, citando Schmidhauser e Stratenwerth.
54. CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Da Natureza formal dos crimes culposos. Contribuição da Teoria Ecológica do direito para a teoria finalista da ação. p. 182.
- O autor refere-se à naturezas, uma intimamente ligada à origem do homem em seu aspecto natural, e a outra decorrente da evolução técnico-científica.
- Incluir-se-ia dentre as condutas socialmente adequadas, as decorrentes de cirurgias, automóveis e desportivas por se tratarem de ações autorizadas, "justificadas por si mesmas ...". Também JESCHECK, op. cit. p. 553, citando dentre outros,

os desportos em suas mais variadas formas de manifestação.

55. Inclua-se também no risco permitido como conduta socialmente adequada o de instrutores de Forças Especiais das corporações militares que exigem de seus componentes um treinamento físico, técnico e psicológico superior aos outros militares, ocorrendo, não raro, lesões em decorrência desse necessário condicionamento.

Ver HÜNERFELD, Peter. Considerações sobre os crimes omissivos impróprios. Forum Internacional de Direito Penal comparado. p. 57-58, especialmente 59-60, onde menciona exemplo de risco criado por comportamento anterior, indagando, por fim, se no caso de criação de risco permitido se pode falar em um dever de agir do criador do risco.

56. CONDEIXA DA COSTA, Carlos A. op. cit. p. 182.

57. _____. op. cit. A expressão é do autor.

58. WELZEL, Hans. op. cit. p. 84.

59. HIRSCH, apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal. p. 77-8.

Neste sentido, como variante do princípio da adequação social, ver PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 44.

60. JESCHECK, Hans. op. cit. p. 350.

61. LISZT, apud RAMÍREZ, Juan Bustos. Bases críticas de um nuevo Derecho Penal. p. 57.

62. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignifi -
cância. Fascículos de Ciências Penais. Nº 1, p. 46.
63. O atual Código Penal Militar (Dec. Lei 1001 de 21 de outubro
de 1969), prevê a figura da lesão levíssima em seu art. 209,
§ 6º, permitindo ao Juiz considerar a infração, nesses casos,
como disciplinar, encaminhando o processo ao Comando da Uni-
dade em que serve o acusado, para análise no campo adminis -
trativo e conseqüente aplicação de sanção administrativa.
Idêntico tratamento é dado nos que infringem a norma do art.
240, § 1º - furto simples, réu primário e coisa de pequeno
valor.
O próprio legislador reconhece de forma expressa que a inex-
pressibilidade da lesão ou da coisa furtada situa-se fora do
âmbito da tutela penal, evitando, assim, também, um processo
oneroso à sociedade e ao Estado.
64. RAMÍREZ, Juan Bustos. op. cit. p. 59-60.
65. RAMÍREZ, Juan Bustos. op. cit. p. 60.
66. Conforme SANGUNÉ, Odone. op. cit. p. 41, nota 21, também se
estende aos crimes contra o meio ambiente, ao Direito Penal
Econômico, aos crimes fiscais, aos crimes eleitorais.
67. MIR PUIG, apud SANGUNÉ, Odone. op. cit. p. 38.
68. ROXIN, apud ZAFFARONI, E. Raúl. Tratado de Derecho Penal - Par-
te General. Vol. III, p. 554.

69. São exemplos de SANGUNÉ, Odone. op. cit. p. 42; em que, embora previsto no ordenamento jurídico, positivo, deixam de ser considerados delitos pela ausência de perigosidade ou danosidade sociais. CP da Tchecoslováquia de 1961 (art. 3º); CP da Alemanha Oriental de 1968 (art. 3º); CP da RSFS da Rússia de 1960 (art. 7º); CP Polonês de 1969 (art. 1º) e CP Cubano de 1970 (art. 8º).

Contém dispositivos semelhantes o CP da República Popular da China de 1979 (art. 10); o CP da República Popular da Coreia de 1960 (art. 8º); o CP da Iugoslávia de 1976 (arts. 1º, 2º e 8º); o CP da Bulgária de 1968 (art. 9º); o CP da Romênia de 1968 (arts. 3º e 17), além do CP Austríaco, § 42 que, nos casos de culpabilidade insignificante, prevê uma ausência de merecimento da pena.

70. GESSINGER, Ruy. Da dispensa da pena. p. 22.

71. O nome "criminalidade de bagatela" ou princípio de bagatela (bagatellprinzip) é de Klaus Tiedemann, conforme Zaffaroni, Tratado... cit. p. 554.

72. A segurança jurídica não pode ser vista como aplicação mecânica e exegética da lei penal, conforme ZAFFARONI, E. Raúl. Tra
tado de Derecho Penal. Vol. III. p. 557.

Também SANGUINÉ, Odone. op. cit. p. 45, com apoio em KRUMPELMAN, afirmando que a doutrina e a prática jurisprudencial determina os limites através de uma reconstrução dogmática, dentro dos limites da interpretação permitida...".

73. TACRIM-SP - AC 481.889-1 - Rel. Gonçalves Nogueira - in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. p. 111.
74. TACRIM-SP. Rel. Roberto Grassi - JUTACRIM 78/44, in CP, p.112.
75. TACRIM-SP-AC-Rel. Ercílio Sampaio-JATACRIM 78/336, in CP...
cit. p. 112.
76. FRAGOSO, Heleno. Ciência e experiência do Direito Penal. Revisita de Direito Penal. p. 15.
77. A opinião é de Zaffaroni, E. Raúl. op. cit. p. 553. Ver WESSELS, Johannes. Direito Penal - Parte Geral. nota a p. 63.
78. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 555.
79. Para uma melhor compreensão da doutrina finalista, ver WELZEL, Hans. op. cit. p. 53 e ss.
LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.
80. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 501.
81. WELZEL, Hans. op. cit. p. 235.
82. KLUG, apud ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 501.
Congruência social (sozialkongruenz) seria a conduta ordenada pela ética social ou permitida pela sua irrelevância.
Adequação social, ou comportamento socialmente adequado a que, embora não ordenada, é permitida mas não por sua irrelevância.

Exemplifica, incluindo na primeira o direito de correção dos pais e na segunda as lesões esportivas.

Também FIORE, Carlo. op. cit. p. 502.

83. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 502.

Considera o erro sobre a tipicidade conglobante como erro de proibição. op. cit. p. 557.

CAPÍTULO III - A SUPRALEGALIDADE E A CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA

1. A Antijuridicidade
 2. Antijuridicidade Formal e Material
 3. As teorias de justificação
 4. As razões da supralegalidade
 5. As contradições doutrinárias dos juristas sobre
as excludentes supralegais
 6. A adequação social como causa supralegal de
justificação
- Notas bibliográficas

CAP III - SUPRALEGALIDADE E A CONDUTA SOCIALMENTE ADEQUADA

1. ANTIJURIDICIDADE

Se a culpabilidade é, na assertiva de HAFTER (1), "o problema do destino mesmo do Direito de castigar" a ANTIJURIDICIDADE, só consolidada a partir de 1870, (expressão usada pela primeira vez por BINDING (2)), se constitui no fator que determina a contradição da ação com a globalidade do ordenamento jurídico.

A antijuridicidade é sempre resultado da relação da norma violada com as regras, não somente positivadas pela legislação, mas impressas na consciência do corpo social.

Há relutância em se admitir mais que um conceito meramente formal em qualquer ramo da ciência, como se o entendimento na sua forma substancial, intrínseca, imerso no seu caráter deontológico - fosse destruir a conceituação jurídica.

Antijuridicidade ou ilicitude são termos que, embora com opiniões contrárias como a de JESCHECK (3), apresentam o mesmo sentido ontológico, sendo uma questão de preferência do legislador. (4)

Uma ou outra palavra, embora tenha um sentido, dentro da estrutura do crime, de contrariedade ao direito, tende na prática a fazer compreender o delito em sua globalidade (5),

ou seja, "não apenas um coeficiente, mas o conjunto de todos coeficientes necessários para a existência do crime". (6)

Não pode ser esgotada a apreciação deste elemento do crime na positividade do Direito codificado. A aceitação da antijuridicidade imersa tão somente no ordenamento jurídico codificado é determinação, a priori, da inexistência do Direito fora do Estado.

A formalidade, expressa pela norma positiva, não é soberana na afirmação da antijuridicidade. Esta é resultado da anteposição às normas colhidas como válidas pelo corpo social.

Ao tutelar interesses a norma pressupõe, assim como todo o ordenamento, uma valoração subjetiva da antijuridicidade, pois mesmo por vezes contrariando o interesse tutelado não se antepõe ao direito no seu aspecto global.

A lesividade da conduta mais que do resultado deve ser compreendida como ilação do juízo de valor realizado pelo intérprete com respaldo na lei mas, e sempre, tendo em vista o bem jurídico, elemento que se constitui na pedra angular do sistema. (7)

Em síntese, um comportamento é formalmente antijurídico, em princípio, pela contrariedade entre o fato e a proibição legislativa a ela adequada mas, é lícito ou juridicamente perfeito quando encontra ressonância além da simples norma proibitiva.

A antijuridicidade é, também, "desvalor" porque a "ilicitude e o resultado do juízo que declararam a conduta típica contrariam os valores reconhecidos pela norma jurídica". (8)

2. ANTIJURIDICIDADE FORMAL E ANTIJURIDICIDADE MATERIAL

O aspecto dicotômico da antijuridicidade surgiu na Alemanha, no começo do século, em momento de crise do Direito naquele país (9), nascida da crise do positivismo que não conseguia explicar as suas verdades científicas, permitindo o resurgimento da Filosofia do Direito.

Dessa crise de direito da fase post-bismarckiana para a adaptação dos novos valores ético-sociais, surgiu não só a antijuridicidade material mas também a culpabilidade normativa e o problema da ação socialmente adequada. (10)

Já a antijuridicidade material, desde von LISZT, entendida como "conduta contrária à sociedade (antisocial)" (11), antepondo-se à antijuridicidade formal - "transgressão de uma norma estabelecida pelo Estado" (12), tem, para REALE JÚNIOR, como contrariedade à ordem jurídica, a sua noção discutida a partir de dois problemas: o estado de necessidade e a ação socialmente adequada". (13)

Pode ou não haver coincidência entre essas formas de ilicitude. É um processo duplo de valoração: uma, em que se verifica a simples concordância do fato com o descrito em lei; outra, baseado na verificação da conduta com as causas que possam excluir aquela conduta inicialmente contrária à lei.

O problema da antijuridicidade material é a

delimitação dos parâmetros de valor, estabelecendo que suas medidas devem ser antepostas ao comportamento para verificar-se a existência efetiva do caráter anti-social.

Mas não só na verificação das causas que possam excluir a ilicitude expressas no Direito Substantivo e o atuar do agente assenta-se a finalidade do critério material. Vai além, na constatação de que o ato praticado fere as pretensões do ordenamento jurídico na defesa do bem jurídico tutelado pela norma penal.

A presença da antijuridicidade não fica restrita ao ordenamento jurídico mas permite ao intérprete sobrepor à vontade do legislador o justo direito material ou "Justiça" nos casos (14) em que se faz necessária a solução por via extra-legal.

Particularmente nos delitos de omissão imprópria esse entendimento compõe a lei, preenchendo o tipo penal, em essência, aberto. (15)

Na inocorrência dessa concreta ofensa àquele bem, inexistente delito. Tem assim essa análise, a finalidade de ressaltar no ato, em tese delituoso, o comportamento anti-social que infringe as normas de cultura reconhecidas e aceitas pelo Estado (16) ou mesmo as que, embora não reconhecidas pelo Estado, estejam inseridas na consciência social, fazendo parte do comportamento coletivo.

À antijuridicidade material se unem, conforme

NUVOLONE, as teorias do balanceamento de interesses, a do meio justo pelo fim justo e a da adequação social, todas de certa forma na previsão de um direito extralegislativo. (17)

Embora constitua aparentemente um elemento da tipicidade, particularmente a partir da teoria dos elementos do tipo em relação aos chamados normativos, que não prescindem de uma valoração, levando SAUER a afirmar ser a tipicidade a antijuridicidade tipificada (18), a antijuridicidade deve ser compreendida na amplitude representativa da contrariedade entre o fato e norma.

Nesta orientação, ao ser verificada a adequação típica e constatada a ausência de causas de justificação (tipicidade negativa), certifica-se tanto a antijuridicidade formal quanto a material, localizando-se nesta a periculosidade social.

Mas não despreza, SAUER, a possibilidade de relegar a segurança jurídica a segundo plano, evitando desta forma uma "injustiça evidente e ético socialmente insuportável". (19)

A aceitação de que a norma seja unicamente a legislada ter-se-ia como verdade imutável de ser a lei a única fonte de direito e o direito o único caminho da Justiça.

A lei tão somente "informa o Direito mas o faz de modo incompleto" (20) e a busca desse Direito é a procura do fato normativo "que nasce de outros fatos, mas sempre fa-

to humano, invenção do próprio homem, inserido no contexto social". (21)

É importante a consciência de que mesmo fora do Estado há direito positivo, ainda que diferenciado do Direito Estatal, pois este tem "validade objetiva erga omnes". (22)

A existência da antijuridicidade material justifica-se pela necessidade de provar a convivência possível entre a fonte da lei e as outras fontes que lhe completam e lhe dão sentido axiológico.

Não se entenda pela aceitação da teoria um alargamento da criação legislativa (23); ao contrário, há uma restrição do poder legiferante, uma redução do poder do Estado a favor do que a sociedade entende efetivamente como nocividade. Em outras palavras, o conceito é utilizado in bonam partem. (24)

Daí ser a antijuridicidade formal uma representação clara, definida do ilícito penal ao qual, estando intimamente vinculado o princípio nullum crimen sine lege, subsiste a garantia expressa da licitude do fato, mesmo que infringente das normas de cultura acolhidas pelo corpo social. Podem ser reprovadas ética ou moralmente mas jamais a nível jurídico-penal.

Não é o intérprete, juiz no Direito Penal de hoje, capaz de criar o ilícito mas possui o dever - poder de des

criminalizar a conduta quando, valorada além das normas e das excludentes normatizadas no ordenamento jurídico, conclua estar dentro dos parâmetros adequados e consoantes ao momento histórico da aplicabilidade da norma e não ao tempo da sua elaboração.

Desse modo na valoração da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado em determinado momento histórico considerado, ter-se-ia presente a diversidade entre o injusto formal e o material com a descriminalização de fatos já agora inseridos no normal comportamento ético da sociedade. São comportamentos ou circunstâncias fáticas que "nesse mesmo e determinado momento, presentes mutações sociais, tendem a perder o caráter de lesividade ou reprovabilidade ético-social". (25)

Assim a concepção material da antijuridicidade encerra concepção própria na medida em que serve de orientação ao legislador na criação dos tipos penais (26), como também à justiça do tipo aplicada ao caso concreto, permitindo ainda a graduação da pena e, finalmente, considerar possível a existência de causas extra-legais. (27)

Para NUVOLONE (28), que reconhece a criação de uma brecha no princípio da exclusividade da lei como fonte do Direito Penal, essa aferição do aspecto substancial deixa antever a existência de causas de justificação não expressamente previstas além da citada adequação social tais como a do meio certo para o fim certo e a da periculosidade social da ação.

3. AS TEORIAS DE JUSTIFICAÇÃO

As causas de justificação ou causas de exclusão do ilícito (29) podem ser reunidas sob três (3) fundamentos teóricos distintos: monistas, pluralistas e assistêmicas.

As teorias monistas de justificação, assim como as pluralistas e a assistêmicas, representam a preocupação de doutrinadores em relação à problemática, criando uma série de alternativas, todas tendentes a excluir certas condutas do campo de ilicitude, consoante a lei ou baseadas no ordenamento jurídico globalmente considerado ou, ainda, em comportamento aceito pelo Direito extralegal.

Dentre as monistas, conforme MAYRINK DA COSTA (30), incapazes unilateralmente de fundamentar as causas de justificação, estão "o que é mais útil que danoso" (SAUER), da colisão de interesses (MERKEL), da função protetora de bens (STOOS), a do meio justo para um fim justo de ZU DOHNA, esta no sentido de se constituir o Direito "um meio adequado para a regulamentação adequada à convivência social". (31)

Nas pluralistas, assim consideradas as que "reconduzem a exclusão do injusto a uma pluralidade de idéias jurídicas" (32), tenta-se um denominador comum, um princípio maior em função do qual todos os demais seriam fundamentados.

Assim, a solução teórica da justificação poderia advir conforme MERKEL, do ponto de vista da colisão de in -

teresses (33), ou baseado no interesse e no dever preponderantes. (34)

MEZGER orienta para um duplo caminho: princípio do interesse preponderante, fundamentando-se neste as ações realizadas em virtude de deveres preponderantes, as cometidas sob especial justificação e as cometidas com a ponderação de bens. (35)

Aceita o autor citado a inclusão neste princípio geral (interesse preponderante) o da ausência de interesse. (36)

As teorias assistêmicas, pela impossibilidade de se agrupar todas as excludentes em torno de uma razão comum, preferem deixar num "catálogo aberto" em que estariam as mais comuns determinando, em consequência, segundo BAUMANN, a "renúncia ao sistema". (37)

4. AS RAZÕES DA SUPRALEGALIDADE

O Direito não consegue prever todas as possibilidades ou alternativas de comportamentos justificadores de ilícitos (38) o que redunda na compreensão de que a dinamicidade, que lhe é inerente, não está condicionada às meras prescrições legais, indo além, para preservar as sanções à aplicação tão somente nos casos em que a conduta ultrapassa aquele mínimo ético necessário à convivência social.

O supralegalismo "para aqueles que divisam no Direito Penal um caráter meramente sancionador constitui uma simples decorrência dos postulados fundamentais deste ramo da ordem jurídica". (39)

Assim, na certeza de que o Direito não se restringe à norma escrita e que as lacunas observáveis historicamente desde antes do século XIII (40), embora cientificamente a partir do século XIX com o nascimento do positivismo jurídico (41), são uma constante no ordenamento jurídico, não há por que se exigir que as excludentes aceitas sejam somente as manifestas no Direito Positivo.

O legislador, sendo incompetente para prever os conflitos infundáveis e de matizes diversas, terá sua necessária e compreensível omissão suprida pelo intérprete, mesmo que a lacuna existente, completada pelo decisório ao caso concreto, não seja dissolvida. (42)

O problema do supralegalismo tem sido objeto de discussões infindas, percebendo-se como motivo dos que não o acolhem a possibilidade de o Direito perder o seu caráter de cientificidade em busca de elementos metajurídicos.

Não é um conceito metajurídico, constituindo-se em mais um critério ao qual o intérprete não pode se alhear "pois permite-lhe extrair da ordem jurídica vigente, em determinado lugar e em preciso momento histórico, todas as consequências possíveis, e assim alcançar o sempre procurado ideal de justiça". (43)

A discussão da possibilidade de se constituírem essas causas supralegais meras falácias metajurídicas está intimamente ligada à forma de se compreender o próprio discurso dogmático e a maneira de entender o justo ou de pensar o sistema jurídico.

Para FIORE parece que o conceito de adequação social não contém uma exigência de origem metajurídica, como se poderia pensar em uma interpretação terminológica do objetivo "social", tendendo, "ao contrário a uma mais precisa de terminação do valor jurídico pelo qual o bem é tutelado pela norma, e das características da ação incriminada". (44)

Embora radicalmente contrário à supralegalidade, criada pelos juristas alemães para suprir deficiência do seu ordenamento positivo arcaico, mas não necessários aos modernos Códigos Penais (45), HUNGRIA reconhece que o juiz deve ter

alguma coisa de pelicano pela impossibilidade de usar as "roupas feitas" da lei e os figurinos da doutrina, recomendando, ainda, fazer o direito tendo em vista os casos concretos. (46)

Qualquer legislação, por mais recente, não consegue acompanhar a evolução da humanidade em todos os setores técnicos, científicos ou sociais, pois a vida tem uma dinamicidade que lhe é inerente, que nenhuma lei pode acompanhar com textos claros e definidos, exceto com dispositivos difusos, prejudiciais à segurança jurídica e inapropriados aos reclamos de uma humanidade que inicia a caminhada a um terceiro milênio.

O Juiz não pode mostrar-se alheio a essas transformações sociais, jurídicas e científicas. Daí ser obrigação do intérprete analisar a vontade da lei não somente em "relação à época em que nasceu o preceito mas, sim, tendo em conta o momento de sua aplicação". (47)

É facilmente verificável essa afirmação no direito penal brasileiro, notadamente nas normas incriminadoras relativas aos costumes, em que os elementos normativos tais como "mulher honesta", "ato obsceno", "escrito" ou "objeto obsceno", "dignidade", "decoro", "reputação", sofrem mutações através do tempo.

Essa dinamicidade da realidade social exige, se não do legislador, na prática preso a formalidades de elaborações de leis, e por isso lentas e burocráticas, subordinadas a preceitos de ordem técnico-legislativo, mas dos intérpretes, uma atuali

zação constante, oferecendo, através dos decisórios, a equidade, objeto indispensável à concretização de Justiça.

Para extirpar o "formalismo anquilosante" (48), é necessária a existência de um direito paralelo, jamais contra as liberdades individuais.

A supralegalidade torna-se, ante "as arestas incrustadas entre a consciência social e o direito legislado" (49), inevitável na convicção de que "não se pode analogicamente estender a pena de caso a caso, mas pode estender de casos a casos a escusa". (50)

A plenitude do ordenamento é, em geral, uma função, particularmente no Brasil, reconhecida pelo próprio Direito Positivo que expressa ser o juiz impedido de sentenciar "a legando lacunas ou obscuridade da lei" (art. 126 CPC), determinando ainda neste dispositivo que "no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

Ao se apregoar a segurança do sistema através da sua completitude o que se pretende é impedir a solução de problemas tanto da antinomia quanto de lacuna pelo juiz, na errônea convicção de que haveria uma interferência indevida de um PODER em outro. (51)

A tendência do Direito é a sua harmonia com os sentimentos da sociedade, "não podendo decidir, exclusivamente no direito estadual, ou com base em lei" (52). A decisão de-

ve ser com base no JUSTO e, não podendo "formar convicção sobre como o legislador resolveria o caso concreto", buscaria no direito livre e, se ainda impossível, resolveria discricionariamente. (53)

Os sentimentos da comunidade estão inseridos nos princípios gerais do ordenamento pois são elementos de formação do direito positivo, e de alteração desse direito, devendo ser compreendidos como: "aqueles valores próprios de uma sociedade em dado momento histórico, inspiradores da formação, interpretação e renovação das normas positivadas". (54)

No Direito Pátrio são realidades sensíveis pela prática jurisprudencial em casos mais diversos, denotando uma insatisfação com os atuais modelos e com a necessidade do intérprete aproximar-se mais da realidade social, das normas de cultura e, em consequência, do meio do qual ele é parte, afastando-se, portanto, do Direito puramente estatal.

As causas de exclusão do ilícito não estão todas previstas no direito positivo, ainda que muitos asseverem o contrário (55). É possível encontrar, em casos concretos, justificativas retóricas a fundamentar a decisão, esta, sim, justa, pois firmada mais na consciência que na lei.

É certo que não estão expressamente previstas. Há, pois, ampliações de conceitos, ou resolve-se em nome de uma "política criminal", fórmula que atende aos requisitos mínimos que resultem em segurança e equidade. O intérprete decide conso-

ante a que melhor atende ao foro íntimo e, depois, "reúne e articula os argumentos que possam convencer -- persuadir -- a comunidade jurídica de que sua decisão é legítima e objetivamente justa e, conseqüentemente, irreformável". (56)

Os decisórios podem ser perfeitos e justos.

As argumentações, meras falácias, de maior ou menor potencialidade, consoante as teorias e as amplitudes que se lhes dão, com mais ou menos verossimilhança com a realidade do fato.

5. AS CONTRADIÇÕES DOUTRINÁRIAS DOS JURISTAS SOBRE AS EXCLUDENTES SUPRALEGAIS

Por que não aceitar-se a supralegalidade na problemática das excludentes se o próprio Código Penal, com a reforma de 1984, adota circunstância atenuante genérica "embora não prevista expressamente em lei" (art. 66). (57)

Para MIRABETE, qualquer circunstância está compreendida no art. 59, porém exemplifica algumas circunstâncias inominadas: facilitação do trabalho da Justiça, recuperação do agente após o cometimento do crime, etc. (58)

Comentando o art. 62 do estatuto italiano (59) semelhante ao art. 66 do CP brasileiro, PAULO DA COSTA JÚNIOR dizia constituir "prova eloquente, no campo das circunstâncias atenuantes, da imprevisão legislativa, das lacunas derivadas do respiradouro supralegalista". (59a)

MAGGIORE creditou a esse instituto das circunstâncias inominadas supralegalistas, meio correto de aplicação de pena, através da individualização e uma perfeita adequação do direito à Justiça. (60)

Desta forma, a recusa de excludente de ilicitude por não estar prevista em lei é um apego ao positivismo, distorcido mais pela necessidade de adequar a sanção ao indivíduo de um lado, na premissa de que os fins justificam os meios, negando, no entanto, por outro, o mesmo princípio para aceitar as exclu-dentes extralegais, por se constituírem em metajuridicidade. (61)

A crítica, natural, de risco à segurança jurídica, pela prescrição de um ato discricionário (mas justificado pela necessidade de fundamentação das sentenças), é indevida pois a "miopia do legislador o impede de prever todas as hipóteses que irão surgir" (62), podendo-se admitir risco se as agravantes forem indefinidas.

A questão basilar é decidir quais excludentes não previstas em lei podem ser acolhidas.

A partir da indagação fundamental à compreensão das causas de exclusão do ilícito, MAYRINK DA COSTA ensina que a antijuridicidade não se limita ao Direito Penal, mas sim, a todo o ordenamento jurídico, mencionando três fontes de justificação: as que emanam do ordenamento jurídico, em toda a sua amplitude; as causas de justificação genérica ex-lege e as que "nascem de uma consideração supralegal" (63) incluindo entre as causas genéricas as causas de inimputabilidade, as causas de atipicidade e a ausência de conduta.

O mesmo autor prescreve as causas supralegais, creditando-as como imanentes ao conceito de antijuridicidade material, ressaltando também a vasta área discricionária do exercício regular de direito (64), na tendência a que também se alia EVERARDO DA CUNHA LUNA, para quem inexiste justificação supralegal. (65)

Ao contrário, CURY URZUA, assinala que a supralegalidade não se identifica com o exercício regular de direito, pois

aquela é mais abrangente devendo ser chamada causa de justificação inominada ou não descrita, englobando o direito consuetudinário. (66)

Para WELZEL, na sua concepção mais recente, a ação socialmente adequada atende as necessidades da tipicidade, tornando o fato atípico se praticado dentro do âmbito de normalidade da vida social mas cita os direitos excepcionais de coação (67), o estado de necessidade justificante, com base no princípio de ponderação de bens (68). Quanto ao estado de necessidade que ele denomina supralegal, justificante nada mais é o que o inserido no Código Penal Brasileiro de 69, sem vigência, (art. 25 e 28) e Código Penal Militar (Dec Lei 1001 de 21/10/1969 -- art. 39 e 43), no caminho da teoria diferenciadora, constituindo-se em excludente de antijuridicidade, quando o bem sacrificado for de valor inferior ao protegido e, como excludente de culpabilidade, se o bem for de valor equiparado.

BETTIOL, que no elemento tipicidade aceita com restrições a ação socialmente adequada, critica a regra do balançamento de interesses em conflito pois "levaria para o Direito Penal a mentalidade e os critérios de valoração próprios do direito das obrigações e do direito comercial, de cujo seio se depreendeu" (69), refutando ainda pela falta de "medidas" pelas quais o Juiz utilizaria para "balancear os interesses" (70). Mas considera que se aceito, o princípio deve ter como critério o aspecto qualitativo e não quantitativo, concluindo por aceitar

como fórmula extralegal "que o juiz deve aludir às concepções ético-sociais políticas dominantes para resolver o caso concreto. (71)

RODRIGUES DEVEZA entende as causas de justificação centradas em dois grandes princípios: ausência de interesse e do interesse preponderante, negando a possibilidade de aplicação de causas extralegais, referindo-se em particular contra a adoção da fórmula de WELZEL da adequação social, hipóteses em que o exercício regular de direito ou o cumprimento do dever legal seriam as indicadas. (72)

As causas de justificação não têm limitações específicas para JESCHECK porque "tampouco cessam de desenvolver-se os correspondentes princípios sociais da ordem" (73), além de inesgotáveis as fontes de que procedem (74), mesmo porque "tanto as condições materiais como as concepções valorativas da sociedade se acham sujeitas a modificações" (75) que determinam o surgimento de novas causas de justificação.

Do conceito do injusto extraem-se como idéias retoras o da ponderação de bens e do fim perseguido pelo autor. Mas, da ótica do legislador, para justificação de condutas, sobressaem o princípio do interesse preponderante e o da ausência de interesse. (76)

Da mesma forma MUNHOZ CONDE, asseverando que o elenco de causas não pode ser taxativo mas tem seu âmbito limitado "até o limite da proteção normativa do bem que, por renúncia

do seu titular ou maior importância de outro, se permite agir -
dir". (77)

Já DAMÁSIO assinala a existência de condutas não expressas no CP, mas consideradas "justas pela consciência social" incluídas entre as "normas de cultura". (78)

Referencia ainda a inexegibilidade de outra conduta para servir de base à causa de exclusão de ilicitude (79), e consigna como causa supralegal a exclusão de culpabilidade (80), com apoio na necessidade de integração da lei penal, considerando não se constituir um "critério anárquico que viria a trazer embaraços e incerteza à aplicação da lei penal, mas de um critério a ser adotado pelo juiz com ponderação, atendendo a situações excepcionalíssimas não previstas pelo legislador". (81)

PIERANGELI entende que o nosso ordenamento jurídico prevê as excludentes de forma tão ampla que permite en global todas as situações criadas pelas teorias supralegalistas (82) e, acompanhando pensamento de ROQUE DE BRITO ALVES (83), ci ta como princípios maiores o exercício regular do direito e o exercício de uma faculdade legítima. (84)

Também o exercício regular de direito, mas de de corrente de conceitos extrapenais, é acolhido por MAGALHÃES NORONHA, citando lição de FREDERICO MARQUES em relação ao costume que legitima alguns fatos típicos, como o "trote acadêmico" (85) e o consentimento do ofendido, sendo seus requisitos uma vontade juridicamente válida e a disponibilidade do bem pelo consenciente". (86)

COSTA JÚNIOR e CELSO DELMANTO aceitam as excludentes supralegais; o primeiro com maior amplitude (87) e o segundo referindo-se às que se fundam nos princípios gerais de direito. (88)

Acorde a este pensamento, FRAGOSO entende que as causas de justificação podem resultar do direito consuetudinário e resultam da totalidade do ordenamento jurídico", prescrevendo especificamente o consentimento do ofendido. No entanto, preleciona serem lícitas as condutas que, embora formalmente previstas, "constituem fatos normais da vida de relação" (89), incluindo aqui as lesões insignificantes, deixando expresso que a ação socialmente adequada é apenas um "princípio regulador da conduta típica". (90)

JUAREZ CIRINO assinala como causas não expressas de justificação na legislação brasileira, o consentimento do ofendido e os direitos de coação, caracterizando-se este pelo poder de constranger pessoas em situações que exigem atuação imediata, sob pena de ineficácia" (91) incluindo, no primeiro aspecto, as cirurgias corretivas ou redutoras de anomalias sexuais em indivíduos transexuais, cirurgia de remoção de órgãos corporais de seres humanos vivos para efeito de transplante e, mesmo o presumido, vincula-os com o exercício regular de direito, estado de necessidade ou com a ação socialmente adequada". (92)

FREDERICO MARQUES embora aceite a justificativa supralegal pela impossibilidade do legislador prever todas as

situações no âmbito do Direito Penal não admite "princípios metajurídicos", porque a ordem jurídica positiva engloba regras baseadas na analogia, princípios gerais de direito e os costumes, prescrevendo que o exercício regular de direito deve ter o seu conceito mais ampliado possível "pois coloca a justificativa perante a ordem jurídica total". (93)

Essa tendência de ampliar o conceito do exercício regular do direito também é prescrito por GRISPIGNI (94), assinalando residir nesta excludente todas as condutas que são lícitas segundo o Direito Penal.

Se em WESSELS as causas de justificação poderão derivar de direito legal (escrito) ou direito costumeiro, subordinando-se, todas, ao princípio de ponderação de valor e interesses incluída a ausência de interesse, o risco permitido (95) em GOLDSCHMIDT apoia-se no interesse objetivo preponderante (96), enquanto CALDINO SIQUEIRA recusa-as. (97)

Para ANIBAL BRUNO fundamentam-se na concepção da antijuridicidade material embora reconheça nesta "um caráter vago e incerto" (98). Em ASUA não se esgotam em regras fixas e casuísticas, podendo existir ainda quando não previstas nos códigos (99), dispondo como regra que o intérprete para caracterizar o justo e o injusto, verifica o risco permitido, meio justo para um fim justo, fim reconhecido pelo estado, ou o reconhecimento de norma de cultura e, mesmo, o estado de necessidade (100), fundamentando suas conclusões em LISZT, MAYER e MEZGER.

Ao lado das disposições do Código Penal prevendo como excludentes a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito e algumas assim consideradas da parte especial (128, I e 146, § 3º), encontramos outras, ainda que não expressas, aceitas pela doutrina e jurisprudência, em casos concretos.

O consentimento do ofendido, que em alguns Códigos Pátrios era expressamente previsto para não eximir ou diminuir a intenção criminosa (art. 26 do CP de 1890), foi considerada por NELSON HUNGRIA como supérfluo (101) e por DÉLIO MAGALHÃES como simples teoria que teve sucesso apenas em países que desconheciam o exercício regular de direito. (102)

PIERANGELLI, em excelente monografia, assinala o princípio referido tanto como causa de exclusão de tipicidade quanto de antijuridicidade. (103)

No primeiro, quando um dos elementos do tipo é o dissenso do ofendido, exemplificando com o rapto (art. 219) ou a invasão de domicílio (art. 150), ou violação de correspondência (art. 151), inviolabilidade de segredos (art. 153) e alguns delitos patrimoniais.

ASÚA (104) entende que o consentimento do ofendido não é causa de exclusão de antijuridicidade, mas sim, ausência de tipo e que, no campo do Direito Penal, para que seja reconhecida, é preciso - "vontade livre e consciente, forma, causa, oportunidade e direito disponíveis. (105)

MEZGER preleciona sobre essa excludente no sentido de que ela "constitui o exemplo clássico da exclusão do injusto com base no princípio da ausência de interesse" (106) e GALDINO SIQUEIRA aceita-a na sua forma restrita. (107)

Há os que entendem ser o consentimento a causa supralegal de justificação (108), "apenas quando se imponha de fora do tipo para a exclusão de ilicitude de fatos lesivos a bens plenamente disponíveis por parte de seus respectivos titulares" (109), recusando, no entanto o consentimento presumido, criado pela doutrina alemã para problemas de intervenções médicas e que, no Direito Pátrio, é resolvida pelas disposições da parte especial. (110)

Mas é do mesmo autor, TOLEDO, a afirmação de que as causas de justificação precisam "estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes". (111)

Conclui-se, pelas posições dos doutrinadores, que não é uniforme a aceitação das causas supralegais, apresentando diversas contradições de ordem teórica.

Assim, o princípio da conduta socialmente adequada não pode ser contestado com argumentações simplistas, devendo ser compreendida como mais uma fórmula crítica colocada à disposição dos intérpretes do Direito Criminal na efetiva prestação jurisdicional.

6. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO CAUSA SUPRALEGAL DE JUSTIFICAÇÃO

É com fundamento no conceito de antijuridicidade material que emerge o princípio da adequação social, para os que veem nela não uma valoração da própria tipicidade mas inserida no juízo de valor. É útil para se estabelecer a real contrariedade entre o bem jurídico tutelado e o efetivamente alcançado com um comportamento considerado dentro dos parâmetros da normalidade.

BARATTA, para quem o princípio referido é o "rovescio" da teoria da antijuridicidade material" (112) prescreve ser uma excludente genérica de aplicação não restrita unicamente ao âmbito do Direito Penal, mas deve se estender a todos os ramos como princípio geral de direito. (113)

WELZEL nem sempre entendeu o princípio no âmbito da tipicidade, incluindo-o, outrossim, sobre o juízo de antijuridicidade, constituindo-se em uma "excludente fundada nos costumes admitidos pelos princípios éticos dominantes" (114). Desta forma, apoiando-se em valores culturais, não incidiria sobre o tipo pela neutralidade inerente, mas sim sobre o juízo de antijuridicidade.

Concluiu REALE JR. que as diferentes concepções do mestre germânico em relação ao tema originaram-se de não emprestar conteúdo valorativo ao tipo e à ação, negando a adequação típica, função de elemento determinante da própria antijuridicidade. (115)

A observação de RODRIGUES DEVESA (116) ressaltando que a ação socialmente adequada fundamenta-se na separação do tipo e antijuridicidade, como elementos distintos do delito, é contestada por ZAFFARONI na medida em que mesmo os partidários do tipo do injusto (elementos essenciais do tipo mais ilicitude do fato), aceitam essa teoria entendendo-a como aceitável (117), limitada porém a que os valores sejam expressos ou tacitamente "tendidos" pela lei. (118)

NUVOLONE, embora verificando duas direções à teoria: o da ocorrência do fato típico mas excluída a antijuridicidade, ou inexistência do próprio "fato típico", conclui, acompanhando pensamento de BETTIOL e do próprio WELZEL, pela segunda hipótese, aduzindo que o princípio constitui um "limite prejudicial da tipicidade" (fattispecie). (119)

GALLAS (120), creditando a sua íntima ligação com a antijuridicidade material, coloca-a, no entanto, como juízo de tipicidade material, incluindo, como exemplo de atipicidade, as intervenções cirúrgicas.

HOPE (121) e SRATENWERTH (122) a viam como excludente de ilicitude, ressaltando-se que este último reformou seu modo de pensar inserindo, hoje, a ação socialmente adequada na questão da tipicidade.

Mas o mestre italiano, mais conhecido entre nós pelo seu "O Sistema de Direito Penal", trad. Ada Pellegrini Grinover, SP, RT. 1981. Vol. 1º (único) refere doutrina (?) que apro-

xima a exclusão do fato típico com a da ilicitude (123), afirmando que essa categoria foi criada "ai margini della dottrina dell'antigiuridicità materiale". (124)

A discussão sobre o valor prático da teoria, da mesma forma que outras dependentes de juízo de valor, subsiste se os "glosadores" modernos persistem em ampliar certas excludentes, como o exercício regular do direito, de maneira a abranger todas as situações não previstas claramente naquelas expressas na legislação e, por conseguinte, asseverar que as causas supraleais não têm aplicabilidade pois já resolvidas de outra forma.

O que pode ser contestado é a concepção última de WELZEL, inserindo a teoria no juízo de atipicidade, porque se se segue o esquema de tripartição dos elementos do crime, é evidente que a adequação social, na medida em que qualifica a ação no ponto de vista de seu valor, não incide sobre o valor, mas sobre a antijuridicidade. (125)

Se do precursor da teoria uma conceituação orienta que socialmente adequadas são todas as manifestações de vida em que "a convivência social se realiza, segundo o seu condicionamento historicamente considerado" (126), as razões para a possibilidade de se acolher o princípio referido são as ditadas pela necessidade de atualização do sentido real que se deve imprimir às tipificações e ao bem tutelado. Em consequência, há a convicção de que o injusto não pode ser medido por parâmetros

formalísticos mas, sempre, materialmente, sendo lícita a conduta pela correspondência, à norma de cultura tipificada ou não.

O que deve ser afastado dos critérios de aferição dos delitos é o simples resultado, inaceitável em qualquer teoria para aferir-se a licitude. A ação, não isoladamente mas em aspecto global, visualizada na conformidade dos ditames sociais, se constitui no elemento norteador à delimitação da licitude.

No comportamento adequado há "coincidência de valores e fins que animam o agente com os desejados pela comunidade" (127) ou que ao menos são permitidos porque não excedem o mínimo ético desejável pela consciência popular.

Evidente que o critério jamais será científico, como não o é o Direito. É simplesmente e sempre valorativo e esse processo é realizado por alguém que faz parte do corpo social e tem a obrigação de sentir e compreender o limite aceitável da ação.

Assim, ante um tipo legal, que tenha a neutralidade como essência, ou seja, que pressupõe apenas uma adequação formal indiciante de antijuridicidade. (ratio cognoscendi), a ação dita socialmente adequada seria, na dogmática, uma valoração a priori na conformidade da teoria tripartida.

Essa forma de entender o ilícito permite a "despenalização de fatos que, diante de sensíveis mutações éticas, perderam o caráter lesivo ou a reprovabilidade ético-social". (128)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

CAP III

1. HAFTER Apud MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 45.
2. Conforme COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. Doutrina e Jurisprudência. Vol. I, p. 571.
3. JESCHECK, Hans H. Tratado de Derecho Penal - Parte General. Vol. I, p. 315, afirma que antijuridicidade é a "contradição da ação com a norma jurídica", e "Injusto é a própria ação valorada antijuridicidade".
4. MARREY NETO, José Adriano. Exclusão da ilicitude. p. 7.
Em sentido semelhante ver TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p. 147 e ss. Observa este autor que a opção da Comissão de juristas na elaboração da Parte Geral na reforma de 1984 (Lei 7209), retomou tradição portuguesa evitando o "equívoco lingüístico" consequente de importação de uma tradução errônea da palavra composta alemã Rechtswidrigkeit, cuja tradução literal é "contrariedade ao direito", não ao jurídico.
5. Citando ROCCO, PETROCELLI, Biagio. Reexame dos elementos do crime. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. p. 56.
6. PETROCELLI, Biagio. op. cit. p. 57.

7. REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade Concreta. p. 72.

8. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 573.

9. REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit. p. 99.

10. BARATTA Apud REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 205.

11. LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal. T. II. p. 324.

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. p. 376, explica a posição de LISZT separando a antijuridicidade material da formal, pela presença de idéias políticas (marxismo) que visavam equilibrar as relações entre o capital e o trabalho. Esta nova corrente de idéias influenciou a dogmática jurídica decompondo particularmente no âmbito da noção de antijuridicidade o aspecto formal do substancial, negando a presença do crime quando no caso concreto não tivesse havido lesão de interesses sociais.

BETTIOL prefere a concepção unitária (op. cit. p. 375-82), ou seja, unicamente material. Também TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p. 150-52, e Illicitude Penal e causas da sua exclusão. p. 10-3.

12. LISZT, Franz von. op. cit. p. 324.

13. REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 105.

14. SAUER, Apud BACIGALUPO, Enrique. Delitos impróprios de omissão. p. 28.

15. Ver BACIGALUPO, Enrique. op. cit. p. 27-30.

16. Ver cap. I, nº 3. que trata das normas de cultura. Ver NUVOLONE, Pietro.

I limiti taciti della norma penale. p. 90. Embora repete a teoria das Normas de cultura de M. E. Mayer, uma evolução da noção de antijuridicidade entende deveriam ditas normas ser tratadas como fontes substanciais do Direito Penal e não da antijuridicidade.

17. NUVOLONE, Pietro. op. cit. p. 84.

18. SAUER, Apud REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 36.

19. SAUER, Apud REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 120.

Ver nota: 18, Cap. IV.

20. BASTOS, João José Caldeira. O que é o Direito. Revista Sequência. (7), p. 76.

21. Idem, p. 79.

22. REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. p. 315.

23. NUVOLONE, Pietro. op. cit. p. 87. entende que tampouco a aceitação do ordenamento legislativo implica em exclusividade.

24. Ver BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 379.

Neste sentido, também Costa Júnior, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. V. I, p. 208.

Orienta que o reconhecimento das causas supralegais de descriminantes não põe em risco o princípio da legalidade, pois "o princípio que assegura o jz libertatis tem o condão de estabelecer quais as condutas ilícitas e de impedir a interpretação in malan pärten".

25. MARREY NETO, José Adriano. Exclusão da Ilícitude. p. 8.
26. Neste sentido GRISPIGNI, citado por SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. T. I. p. 352, afirmando ser a anti-juridicidade material o motivo pré-legislativo para a incriminação do fato.
Também SOLER, Sebastian. op. cit. p.353 e BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 379.
27. No sentido do texto, ver JESCHECK, Hans H. op. cit. p.316-17.
28. NUVOLONE, Pietro. op. cit. p. 84.
29. Sobre a terminologia a ser empregada ver ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 892-912.
30. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 589-90.
31. ZU DOHNA Apud REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 112.
32. JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 443.
33. Conf. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 590.
34. Nesse sentido ver WESSELS, Johannes. Direito Penal - Parte Geral. (Aspectos Fundamentais). p. 63-4.
35. MEZGER, Edmundo. op. cit. p. 395-96.
36. _____. op. cit. p. 396, acrescentando ao Direito Alemão, a ausência de interesse. (nota à p. cit. in fine).

37. BAUMANN Apud MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 591.
38. Nesse sentido JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 446, orientando que sendo limitada as fontes das quais procedem "não é possível nem na lei, nem na exposição científica a enunciação exaustiva de todas as causas de justificação imagináveis".
39. FREITAS CAMARGO, Ruy Junqueira de. O Delito como fato cultural e o problema das justificativas supralegais. Revista JUSTITIA. p. 230-31.
40. GILISSEN, Apud DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. p. 6, distinguindo quatro (4) fases históricas no problema das lacunas.
41. Idem, p. 17.
42. DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 96.
43. SAMPAIO, Ercílio Cruz. op. cit. p. 19.
44. FIORE, Carlo. L'azione socialmente adeguata nel diritto Penale. p. 7.
45. Também Pierangelli, José H. O consentimento do ofendido na Teoria do Delito. p. 57.
46. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, (1949), p. 59.
47. ASÚA, Apud SAMPAIO, Ercílio Cruz. Breves considerações sobre tipicidade e supralegalidade em matéria penal. Julgados do

Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. p. 19.

48. COSTA JÚNIOR, Paulo da. Considerações em torno à supralegalidade no Direito Penal. RT 345, p. 24.
49. Idem, p. 24.
50. CARRARA, Apud COSTA JÚNIOR, Paulo José da. op. cit. p. 26.
51. Em sentido oposto ver HUNGRIA, Nelson e Fragoso, Heleno. Comentários ao Código Penal. Vol. I, T. I, p. 101.
52. DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 87.
53. Idem, p. 87. O Direito Livre, da escola alemã, além de opor-se ao "primado da lei" erigiu, como essência do direito "as normas jurídicas que brotam espontaneamente dos grupos sociais".
54. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. op. cit. p. 27.
55. Por todos, HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, (1949), p. 198-201, acrescentando que o supralegalismo "é incompatível com o positivismo jurídico". p. 200-01.
56. BRUM, Emílio Bairros de. Requisitos retóricos da sentença Penal. p. 86.
57. Dispõe o art. 66 do Código Penal, com redação dada pela lei 7.209 de 11/07/84:
"Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de cir

cunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei".

58. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. p. 308.

59. Conforme COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. Vol. I, p. 349, a omissão deste dispositivo no Código Penal de 1940, deve-se a inexistência, também, no que lhe serviu de suporte, o CP de ROCCO. Só através da Lei italiana nº 288 de 14 de setembro de 1944 foi inserido a circunstância inominada.

59a. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Considerações em torno ã... cit. p. 29.

60. MAGIORE, Apud COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Considerações em torno da supralegalidade, cit. op. p. 29.

A crítica do autor, como também de MIRABETE, Júlio Fabbrini. op. cit. p. 308, refere-se à prescrição da atenuante somente se ocorrida antes ou após o crime, não aceitando quando concomitante ao delito. No entanto, a exposição de motivos (nº 55, in fine), prescreve erroneamente que será acolhida pelo Juiz mesmo que "durante o crime".

61. A crítica ao rol das circunstâncias inominadas da Doutrina italiana, é feita por Paulo José da Costa Júnior, in Comentários ao Código Penal, cit. p. 349 e, do autor, Considerações em torno da supralegalidade cit. p. 29-30.

Alguns comentários podem ser aduzidos sobre a relação de

circunstâncias trazidas à colação pelo doutrina italiana.

O dano ínfimo pode ser incluído no princípio da insignificância (cap. II desta dissertação).

O uso temporário da coisa, de punibilidade ainda hoje discutida e "resolvido" pelo CP 1969 (que não entrou em vigor) prescrito como furto privilegiado (art. 165), como também no atual Código Penal Militar (art. 241); o concurso culposo da vítima, que de certa forma, pode ser aferido na aplicação da pena (art. 59); o consentimento alusivo ao bem indisponível, referindo-se àqueles cuja disponibilidade não é individual, mas coletiva ou, mesmo as que sejam unicamente indisponíveis tais como a vida; e o concurso de autores causais que "embora não excepcionais, não se verificam facilmente".

62. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao CP, cit. p. 349.
63. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. p. 592.
64. Idem, Ibidem.
65. CUNHA LUNA, Everardo da. Capítulos de Direito Penal. Parte Geral. p. 153.
66. CURY URZUA, Apud PIERANGELLI, José Henrique. op. cit. p. 57.
67. WELZEL, Hans. op. cit. p. 135.
68. Idem, p. 83 e ss.

69. BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 461-62.

70. Idem, p. 462.

71. Idem, p. 464.

72. DEVEZA Rodrigues. Las causas de exclusion de la antijuridicidade, in Derecho Penal Espanol - Parte General. p. 424.

73. JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 445.

74. Idem, p. 446. Elenca o autor alemão, como fontes de proposições permissivas, o Direito Internacional, o Direito Consuetudinário e o Direito Suprapositivo ditado pelo Direito Natural.

75. Idem, p. 446.

76. Idem, p. 444.

77. MUNHOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. p. 92, podendo ser acrescentada a expressão do autor que "o catálogo de causas de justificação não pode ser taxativo", porque elas não são "um problema específico do Direito Penal, mas um problema geral do ordenamento jurídico.

78. JESUS, Damásio de. Comentários ao Código Penal. V.I-p.424. Menciona o exemplo do professor que aplica punição não prevista no regulamento escolar mas compreendida nas "normas de cultura", ocorrendo, em consequência, uma causa supralegal de exclusão de ilicitude.

No entanto também prescreve a necessidade de ampliar o conceito do exercício regular do direito. (p. 424).

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p. 159, orienta ser o castigo corporal moderado do pai ou tutor ao menor, estrito cumprimento do dever legal.

79. JESUS, Damásio. op. cit. p. 425.

80. Idem, p. 387-88.

81. Idem, p. 389.

82. PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 57.

83. ALVES, Roque de Brito. Direito Penal - Parte Geral. 1ª vol. p. 469 e ss. A afirmação referida por PIERANGELLI acha-se à p. 474.

84. PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 57.

85. NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 1ª vol. p. 196.

86. Idem, p. 197.

87. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. Vol. I, cit. p. 207-08.

88. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. p. 40.

89. FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal. Parte Geral. p. 189.

90. _____. op. cit. p. 190.
91. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. A nova parte geral.
p. 99.
92. _____. op. cit. p. 98.
93. MARQUES, Frederico. Tratado de Direito Penal. Vol II, p. 108.
94. GRISPIGNI, Apud MARQUES, Frederico. op. cit. p. 108.
95. WESSELS, Johannes. op. cit. p. 64. Menciona, com base em RO-
XIN, o princípio da insignificância e o da ausência de peri-
gossidade social, eliminadores do tipo ou da antijuridicidade.
96. GOLDSCHMIDT, Apud BACIGALUPO, Enrique. Delito Y Punibilidad.
p. 89.
97. SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal - Parte Geral.
p. 357 e ss..
98. BRUNO, Aníbal. Direito Penal - Parte Geral. Vol. I, Tomo I,
p. 366.
99. ASÚA, Luis Jiménez de. La Ley Y El Delito. Princípios de dere-
cho penal mínimo. p. 306-07.
100. Idem, p. 337-38.
101. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. (1949), vol. I,
p. 433.
102. MACALHÃES, Délio. Causas de Exclusão de Crime. p. 118.

103. PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 91 e ss.
104. ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 595 e ss.
105. Idem, p. 596.
106. MEZGER, Edmundo. op. cit. p. 397.
107. SIQUEIRA, Galdino. op. cit. p. 357.
108. TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. p. 160.
109. _____. op. cit. p. 202.
110. Idem, p. 203.
111. Idem, p. 159.
112. Conforme GREGORI, Giorgio. Adeguatezza sociale e teoria del Reato. p. 90.
Também REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade concreta. p. 54.
113. BARATTA Apud REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 54-5.
114. Conforme REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 56.
115. Idem, p. 56, nota 46, in fine.
116. DEVEZA, Rodrigues. Derecho Penal Español - Parte General. p. 423.
117. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La adecuacion social de la conducta.

Revista de Derecho Penal y Criminologia. p. 73.

118. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de Derecho Penal - Parte General. Vol. III, p. 491.
119. NUVOLONE, Pietro. I Limiti Taciti della norma penale. p. 107.
120. Conforme ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 494.
121. GERHARD HOPE Apud ZAFFARONI. cit. p. 493.
122. STRATENWERTH Apud ZAFFARONI, cit. p. 494.
123. NUVOLONE, Pietro. op. cit. p. 47.
124. Idem, p. 106. Também GREGORI, Giorgio. op. cit. p. 48.
125. NUVOLONE, Pietro. op. cit. p. 107. Também, no mesmo sentido, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Considerações em torno da supralegalidade no Direito Penal. RT 345. p. 31-2.
126. WELZEL Apud FIORE, Carlo. op. cit. p. 128.
127. REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 57.
128. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p. 152.

CAP IV - OS CASOS DE AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA

1. Alguns exemplos clássicos
2. A intervenção médica e cirúrgica
3. O corte de cabelos ou barba
4. A correção de menores
5. A esterilização
6. As cirurgias de mudança de sexo e as estéticas
7. A circuncisão
8. Os transplantes

Notas bibliográficas

CAP IV - OS CASOS DE AÇÃO SOCIALMENTE ADEQUADA

1. ALGUNS EXEMPLOS CLÁSSICOS

Os exemplos de WELZEL, demonstrando em alguns casos, a impossibilidade do Direito Penal Alemão de excusar certas condutas pela inexistência de excludentes específicas, não podem ser determinantes da sua inaplicabilidade em outros ordenamentos. (1)

Um desses, sempre apreciado pelos autores que analisam o princípio em estudo, é o do sobrinho que motiva seu tio, do qual é herdeiro, a fazer uso, com frequência, dos meios de transporte, com esperança (fundada) que morra em um acidente.

Não se realizaria uma ação típica, segundo o citado jurista alemão (2), pois o moderno tráfego motorizado, ferroviário, ou aéreo, são atividades socialmente adequadas, se inserindo dentre os de risco necessário.

ZAFFARONI (3) exclui a tipicidade por não ter o sobrinho "a condução do acontecer causal" ou, com base em OEHLER e RICHARD HONIG, acrescenta que o caso prescinde da solução via adequação social, sendo a atipicidade delimitada mediante o conceito de "domínio do fato" ou de "possibilidade objetiva de perseguir um fim determinado", ou ainda, em análise própria, o risco que o tio assume ao concordar com as viagens. (4)

A mesma ausência de domínio do fato é referida como solução para LANGE (5) enquanto ENGISCH leciona não existir um resultado inadequado simplesmente por tratar-se de um

acidente (6), ou considerar-se-á como ação indireta, interrompendo o nexu causal com a ação culposa ou dolosa de terceiro.

(7)

No nosso Direito Penal o caso poderia ter configurações diversas, entre as quais a de se constituir crime impossível, pois com a teoria objetiva temperada, adotada, ficou definido como critérios para a sua configuração a absoluta ineficácia do meio ou absoluta ineficácia do objeto, sendo o primeiro determinador da solução ao caso. (8)

Outras situações, algumas originárias de decisões do Tribunal Federal Germânico, são as do que mantém coito com mulher tuberculosa com a intenção de causar sua morte, resultante de agravação da doença pela gravidez (9) ou do marido que, retira-se do lar, mesmo sabendo do perigo que estará causando sua conduta, pelas ameaças anteriores de suicídio. Em ambos os casos o marido tem comportamento socialmente adequado, pois se mantém dentro dos limites que a própria sociedade prescreve, senão como ideal, mas no âmbito da normalidade ética.

Ainda as lesões corporais insignificantes (10) ou privações de liberdade irrelevantes, estas comuns aos meios de transporte em que o passageiro só poderá parar em determinados locais, o que também pode ser resolvido pelo consentimento do ofendido que torna atípica a conduta. (11)

Entre os casos de restrição ou privação de liberdade atípica podem ser enquadradas as chamadas "blitz" e dos

órgãos de segurança pública em certas situações, de trânsito ou de anormalidade (fuga de presos, operações de salvamento, incêndio, sequestros, manifestações com perturbação da ordem pública, etc.) (12)

Também os presentes de pequeno valor em festas de fins de ano a funcionários públicos não se constituiriam em delitos pela inexistência de ofensa ao bem tutelado. (13)

O serviço de bares e similares ao servir bebidas alcoólicas, que em WELZEL é uma atividade socialmente adequada (14), para ZAFFARONI (15), ainda que infringente de um dever de cuidado de uma atividade aceita e regulamentada pelo Estado e estando a conduta dentro desses limites, estaria justificada. A nossa doutrina aceitaria o exercício regular de direito. (16)

O casamento implica numa vida conjugal necessária e harmônica, razão pela qual certos comportamentos dos cônjuges, de agressões, são aceitas pela doutrina e jurisprudência como socialmente adequadas (17), notadamente se as lesões são leves ou insignificantes.

Há ainda exemplos de delitos dolosos, cujos resultados só serão imputados quando "o autor infrinja um dever de cuidado que o obrigue objetivamente" (18), dentre eles os casos de exploração de minas e outras indústrias perigosas. (19)

Para JESCHECK o cuidado objetivo (20), constitui-se, também, na variável que determinará a responsabilidade

criminal do que cause lesões na prática de esportes (21), mesmo que atendidas as regras do jogo, sendo em regra considerada a conduta socialmente adequada. (22)

O mesmo princípio é invocado ao caso supra por SCHMIDHAUSER (23), BETTIOL (24) e M. REALE JR., este pela "coincidência dos valores e fins que animam o agente, com os desejados pela comunidade" (25), ou pelo fim cultural. (26)

Se FIORE exclue as lesões de esportes perigosos, face ao "risco permitido pelo ordenamento jurídico por seu caráter socialmente adequado" (27), MUNCRIA o faz pelo caso fortuito (28) e MIRABETE pelo exercício regular de direito, com seqüência de autorização através regulamentação e incentivo do Estado na prática de esportes socialmente úteis (29). SEPRALHO NEVES insere nas lesões esportivas fora das regras o dado supralegal ditado pelo ético-social dominante que torna lícita e completa a lacuna da lei. (30)

JESCHECK aduz os casos específicos ao Direito alemão com o exemplo das ofensas proferidas a terceiro na intimidade familiar que não determina ofensa a honra (§§ 185, 186); jogo de azar com apostas insignificantes não infringem o § 284, porque não se constituem perigo aos costumes ou ao patrimônio; o uso de uniformes em peças teatrais ou em carnaval (§ 132, I nº 4), pois não faz supor que quem usa esses trajes efetivamente seja militar. (31)

Ressalte-se que esse último exemplo, relativo

a uso de uniformes, tem entre nós previsão no art. 46 da Lei de Contravenções Penais ou, na sua forma mais grave, no art. 172 do Código Penal Militar (Dec. Lei 1001, de 21 de Outubro de 1969).

Nos casos mencionados - peças de teatro e carnaval - não seriam considerados delito ou contravenção, situações em que não haveria ofensa ao bem jurídico tutelado: a primeira porque imprescindível ao trabalho artístico e a segunda porque em nenhum momento da vida brasileira as brincadeiras são mais permitidas que durante as festas carnavalescas. Os exa~~ge~~ros cometidos pelos foliões são relevados a tal nível que os embriagados são conduzidos pelos policiais civis e militares às suas residências, por determinação de superiores, quando não prescritos em documentos que contêm as normas de comportamento dos elementos de segurança nas diversas situações. (32)

Assim, ninguém é delito por infração do disposto no art. 62 - embriaguez - da Lei das Contravenções Penais ou, ante algazarra provocada pelos foliões em praça pública se pensa em "perturbação do sossego alheio (art. 42 do LCP).

O ato obsceno (art. 233 do CP) tem conotações distintas quando cometido em época e locais normais e em momentos em que os costumes não permitem tal comportamento. (33)

Desta forma o que seria ato obsceno numa via de circulação não pode ser considerado em local de tolerância sexual ou em casas de espetáculo. Os trajes normalmente inadequados transformam-se em condutas socialmente adequados no

carnaval, em que o chamado sentimento médio de moralidade ou pudor, sempre relativo (34) decresce alguns pontos a mais na escala de valores e, ao menos em algumas cidades, onde o carnaval é uma festa mais integrada às normas de cultura, nenhuma foliã é detida por seus trajes íntimos nos salões de baile ou até ultrajes considerados naturais, da mesma forma que ninguém é processado por desfilarem em escolas de samba desnudo, como ato atentatório ao pudor.

São condutas consideradas socialmente adequadas e, portanto atípicas ou, se típicas, sem antijuridicidade.

2. A INTERVENÇÃO MÉDICA E CIRÚRGICA

O problema da intervenção médica e cirúrgica (35) também se insere dentre os comportamentos lícitos, porque atípica ou pela ausência de antijuridicidade, portanto de adequação típica (36) ou excluída a antijuridicidade pela excludente supralegal da ação socialmente adequada. (37)

FRACOSO, mesmo evocando o exercício regular de direito, afirma ser melhor solução, se a solução é quando decidir pela inexistência de ilicitude pois praticada de acordo com a leges artis "por sua evidente adequação social, qualquer que seja o resultado", só considerando ilícita quando sobrevier culpa strictu sensu. (38)

3. O CORTE DE CABELOS OU BARBA

O corte de cabelos ou de barba propostos pelo criador do princípio ora em estudo, como exemplificador da atipicidade (39), considerado por BETTIOL como bizantino (40), e punível no Direito Brasileiro (41), tem, na verdade, uma aparência de justificação na análise do bem jurídico tutelado. Mas pode ser trazido à colação inserido nos chamados trotes acadêmicos. Nestes, uma preocupação constante nos grandes centros, já inseridos nas normas de cultura sofre, no entanto, valorações diversas mais pelo resultado que propriamente pela ação em si, mesmo que revestida do animus de ofender.

Assim, se insignificante a lesão, seria este o caminho do julgador, absolvendo pelo princípio da bagatela, mas a consequência lesiva de maior gravidade teria uma "antijuridicidade" implícita no resultado e aceito pela coletividade menos sensível a essas manifestações quando causem dano à vítima.

Se um simples corte de cabelo poderia ser acolhido como ação socialmente adequada, ainda que dentro de um generalizado "trote", fora dessa situação a solução poderá ser diversa.

O consentimento do ofendido, a lesão insignificante ou, num conceito mais amplo, a conduta socialmente adequada, são critérios adotados, todos tendentes à impunibilidade seja pela atipicidade, seja pela inexistência de antijuridicidade, seja pela oportuna retórica da "política criminal".

Se nos casos de intervenção médica o consentimento do ofendido atua juntamente com uma regulamentação, pressupondo um exercício regular de direito, nos "trotes" só permanece o consentimento e diante de um bem indisponível. Não representa a melhor arguição, a não ser que se queira, também, no "amplo conceito de exercício regular de direito", incluído o direito costumeiro, entender que a excludente citada determinaria a juridicidade do comportamento.

4. A CORREÇÃO DE MENORES

Também como adequados socialmente estariam comportamentos lesivos que tenham como finalidade a correção de menores pelos que não mantêm sobre a vítima relação de ascendência (42), pois o chamado direito correcional, não expressamente previsto pelo nosso ordenamento, é aceito pela doutrina.

Enquanto para os pais e tutores o direito de correção acha-se implícito no exercício regular de direito ou mesmo no estrito cumprimento do dever legal (43), para os outros, como os professores que em certas situações veem-se compelidos a "puxar as orelhas" de menores, a licitude de tais atos deve-se, como os anteriores, a estarem inseridos nas normas de cultura, diferindo tão somente na valoração dessas normas e nas variáveis circundantes a cada caso.

No relativo aos pais e tutores, no Direito pátrio o Código Civil permite a correção, implícita nos incisos I e VII do art. 384 no primeiro caso e 424 no segundo, o que determina um exercício efetivo (e não costumeiro) regular de direito (44), cujo excesso pode infringir dispositivos do Código Penal (art. 136) e/ou do Código Civil (art. 395, I).

Para os que têm relação de ascendência ou aos que são titulares de um poder de supremacia (45) e, mesmo para aqueles a quem se delega tais poderes, há um exercício de direi

to. No entanto, aos que estão fora dessa relação, somente em certas circunstâncias concretas estaria implícita uma transmissão desse poder. A ação seria então, justificada sob o ponto de vista pedagógico-objetivo (46), adequada, pois, pelo corpo social.

As anotações, para o caso, - correção de crianças alheias - em MAURACH (47) referentes à salvaguarda de interesses preponderantes ou, em LISZT (48) no que tange à possibilidade de transmitir a terceiros esse direito, não retira o caráter de se constituir socialmente adequado o comportamento de quem assim age.

5. A ESTERILIZAÇÃO

A controvérsia sobre a legalidade ou licitude da esterilização, tanto a masculina quanto a feminina, medeia entre a juridicidade pelo consentimento do ofendido (49) e uma ilicitude expressa pela lesão corporal daí decorrente, gravíssima pela impotência generandi (ou concipiendi) ou coeundi (50), sendo aquela a incapacidade de fecundar e essa a impossibilidade para o coito por falta de ereção..

Como exemplo da primeira temos a vasectomia para os homens e, da segunda, podemos citar a oclusão de trompas (laqueadura tubária), ambas com ilegalidade expressa nos termos de uma legislação arcaica (Dec. 20.931 de 1/1/32 -- art. 16), afirmando ser proibida a esterilização. Dispositivo semelhante está no Código de Ética Médica (art. 43), embora a Constituição Federal assegure ao casal o direito do planejamento familiar e determine ao Estado atender com os meios adequados ao exercício desse direito (art. 226, § 7º). (52)

Poucos delitos têm sua prática de forma tão ascintosa quanto a esterilização, apesar de todos os médicos conhecerem da sua ilicitude (53). Exceto se há finalidade terapêutica, em que a gravidez coloca em risco a vida da mulher.

Quando o próprio Estado recomenda o planejamento familiar e a sociedade vê a questão num mundo extremamente hostil, de dificuldade para sustentar de maneira ideal sua

prole como um direito do casal, qual censurabilidade determinaria a recriação jurídico-penal do autor? (54)

Nada mais socialmente adequado que o controle familiar por métodos seguros, em que o comportamento médico não deveria ser incluído entre os que agem com dolo, ou seja, com consciência e vontade de produzir um dano a outrem.

A esterilização, que afeta somente ao indivíduo na sua intimidade, manifestando-se como um direito sobre uma função que não lhe pode ser imposta quer pela sociedade, quer pelo Estado, é vista cada vez mais, conforme VAINDERLEY PA NASCO como "uma decisão especificamente da esfera médico-paciente". (55)

6. AS CIRURGIAS DE MUDANÇA DE SEXO E AS ESTÉTICAS

As cirurgias de mudança de sexo, um problema que tem sido discutido tanto a nível médico quanto jurídico, en seja ... doutrina e jurisprudência díspares, ora entendendo como de caráter ilícito pela evidente lesão corporal, ora concluindo pela ilicitude ante a ausência de dolo. (56)

Uma específica questão de ética médica passa a ser orientada pelo Direito Penal, colocando como delito as cirurgias referidas por causarem lesão corporal, olvidando-se o valor do sentimento que dá foro de legitimidade ao ato médico e, ainda, que no transexual há genitais externos masculinos mas uma personalidade feminina, estando nesta "defasagem entre corpo e psique a definição clara da entidade transexual". (57) Diferencia-se do homossexualismo pela "inversão da identidade psicossocial, que conduz a uma neurose racional obsessivo-compulsiva que se manifesta pelo desejo de reversão sexual". (58)

Ao contrário do homossexual e do travesti, o transexual busca, conforme HOLDEMAR DE MENEZES, a "harmonia entre o sexo psicossocial e a atividade sexual desejada, como se pertencesse ao sexo oposto" (59), razão pela qual se compreende a presença do aspecto terapêutico da operação, visando a mudança de sexo e, por isto mesmo, integrada na norma social. (60)

O critério da adequação social supera quais - quer outros pela simbiose das soluções na finalidade do ato pra

ticado, tornando, pela predominância do valor perseguido, atípico o fato. (61)

No mesmo diapasão as cirurgias com finalidade estética, situações em que aos "bons costumes" (62), exigidos por alguns doutrinadores para a configuração da ilicitude do ato, deve ser aduzido o aspecto subjetivo da pseudo-vítima e as consequências positivas que para ela, para a sua saúde psíquica, advirá.

A necessidade estética "deve ser considerada como forma lícita de atividade médica (...), desde que feita dentro dos preceitos técnicos da arte profissional" (63), o que não impede a reparação civil mesmo quando feito com perícia que agrave a situação do paciente.

O risco ao efetivar a operação, ainda que com o consentimento do paciente, não exime o médico de responder pelos resultados lesivos por imprudência, imperícia ou negligência (64), tanto quanto civilmente (art. 1545 CC) mas, observado o dever de cuidado necessário, qualquer cirurgia tendente a curar física ou psiquicamente, aí incluída a estética, é atípica ou irrelevante.. (65)

Neste sentido é que se excluem do delito de lesões corporais, as cirurgias que, não tendo fim terapêutico, são necessárias a quem realiza a satisfação de uma necessidade estética que não contraria as normas de cultura da sociedade, ou mesmo a saúde mental (68), tão importante quanto a física.

Aceita-se, desta forma, mesmo as que, embora proibidas pelo Código de Ética, constituem-se em direito do cidadão sobre o seu corpo.

Ressalte-se que o consentimento do ofendido, não acolhido expressamente pelo nosso Direito, tem valor fundamental para auxiliar, como elemento intrínseco, a determinação da legitimidade do ato no critério de adequação social.

7. A CIRCUNCISÃO

A circuncisão (67), embora de evidente lesividade ao organismo, é norma cultural, mais que um direito implícito na Constituição (art. 5, VI). (68)

É preceito bíblico (Rom 3:30, Atos 7:8) e característica essencial na Antigüidade para um judeu ser considerado membro de uma tribo; costume, segundo Heródoto, dos egípcios, tendo a finalidade de tornar os varões aptos ao matrimônio (69), além de motivar o Concílio de Jerusalém na discussão de convivência de judeus e cristãos nas refeições.

Considerando o aspecto histórico, sendo a religião judaica aceita universalmente, mesmo porque de certa forma é origem do cristianismo, e tendo em vista a liberdade de crença e tutela do sentimento religioso (art. 208, CP), os ritos que ela compreende não podem ser considerados como desvios de uma regra normal de conduta" (70), sobrelevando, em consequência, como resultado de um comportamento socialmente adequado. (71)

8. OS TRANSPLANTES

Reincidente na valoração de condutas antiéticas, o Direito Penal penetra nos direitos da personalidade, oriundos do jusnaturalismo, entendidos como os inerentes à própria vida humana em seus múltiplos aspectos, cujas limitações não podem ser fixadas a priori mas de análises de casos concretos.

Esses direitos em amplo sentido podem ser divididos em direitos referentes à integridade física e à integridade moral, incluindo-se no primeiro direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver (72) e, no segundo, a tutela da intimidade (73).

Nesses direitos estariam inseridos os já comentados, direitos à esterilização, à cirurgia estética, as cirurgias de mudança de sexo para os transexuais e, também, a retirada de órgãos ou partes do corpo humano vivo para transplantes (inclusive extração de sangue e pele) e sobre o cadáver.

Da lei 5.479 de 10/08/68, que regula os transplantes, duas questões básicas podem ser assinaladas, conforme REALE Jr. (74) uma relativa à certeza da morte, questão complexa e essencialmente médica (75), outra relativa à autorização para a retirada de parte do cadáver, em vida pelo próprio disponente através autorização expressa e, após a morte, pelos responsáveis, também por documento escrito.

OSCAR STEVENSON, sobre a conduta do médico que realiza os transplantes, refere 10 teorias para descriminá-la, concluindo pela legitimação com base no consentimento "numa interpretação ex contrario sensu do preceito contido no inciso II do § 3º do art. 146 do CP". (76)

Não cabe ao Direito Penal julgar a licitude da comercialização de parte de corpo de cadáver pois o simples consentimento do disponente ou de seus responsáveis elidem a antijuridicidade, importando, sim, o fim a que se destina, o seu caráter eminentemente social (77).

O entendimento de que a cessão de parte do corpo só é aceitável quando não traga prejuízo ou diminuição permanente para o disponente é diretamente subordinado à consequência humanitária que do caso concreto resulte.

O § 2º do art. 10 da citada lei que regula os transplantes, só permitindo a retirada quando se tratar "de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave", não pode ser visto como fórmula imutável.

Inexistindo sanção na lei citada, que ilícito pratica o médico que retira do pai órgão que reduza a sua capacidade para doação ao filho que dele precise.

Existiria finalidade diversa da humanitária ou terapêutica?

Quem contestaria o direito do pai de doar ór-

gão ou parte de seu corpo, ainda que a si gere deficiência, a um filho para salvá-lo?

Que crime praticaria o médico, senão uma infringência à norma (art. 43) do Código de Ética?

A conduta de quem realiza transplante seria legitimada por se constituir um meio justo para um fim justo e atender plenamente ao princípio do balanceamento de bens - interesses e, portanto, socialmente adequado. (78)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

CAP IV

1. Para ZAFFARONI, Eugênio Raúl. In La adecuación social de la conducta. Revista de Derecho Penal y Criminología, o fato da excessiva amplitude que se empresta ao exercício regular do direito e crença de que nele estariam todas as situações não compreendidas nas outras excludentes não serve de suporte teórico à recusa da adequação social como critério de supralegalidade ou de correta interpretação do tipo penal.
2. WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. Parte General.
3. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de Derecho Penal - Parte General.
4. _____. La Adecuación social de la conducta. cit. p. 74.
5. Apud ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado... cit. p. 496.
6. Apud ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado... cit. p. 496.
7. Solução com base em lição de FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Vol I, p. 128-9.
8. REALE JÚNIOR, Miguel. Parte Geral do Código Penal - (nova interpretação). p. 80.8, coloca-se contra a distinção entre

a inidoneidade absoluta e relativa adotada pelo CP.

9. Conforme ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La adecuación... cit. p.73.

10. Ver Cap. II, nº 5 sobre o Princípio da Insignificância.

FRACOSO, Heleno C. Op. cit. p. 189-90, menciona as lesões insignificantes feitas por manicures como lícitas e socialmente adequadas como princípio regulador geral da conduta típica ou "fatos normais da vida de relação".

11. Esta é a solução preconizada por ZAFFARONI, Eugênio. R. in La adecuación... cit. p. 74.

12. São exemplos do cotidiano de grandes centros em que o bem coletivo deve se sobrepor ao individual.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em Representação Criminal, autor o Juiz de Direito GUIDO SCHREINER PEREIRA e réu o secretário de segurança e informações e outros, decidiu, em Pleno, deferir o pedido de arquivamento do Dr. Procurador Geral do Estado. O fato, em 13/12/1981, circunscreve-se ao impedimento de circulação de pessoas pelo centro da cidade, inclusive o citado Juiz, em virtude de interdição pelos policiais militares face à realização de um Júri Popular por partidos políticos e entidades classistas no átrio da Catedral Metropolitana de Florianópolis.

Segundo o Relator Des. Wilson Antunes "Negar à polícia o direito de interditar vias públicas, pelo tempo considerado necessário, seria verbi gratia, colocar em risco vidas

humanas em local atingido por incêndio ou inundação". (fls. 409). Conforme Processo Crime nº 128 - Comarca da Capital. Rel. Des. Wilson Antunes, in *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis. Ano IX. nº 33. p. 402-10

13. Na análise desse exemplo, como construção dogmática que afeta as funções do tipo, ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA, in *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*, p. 57, afirma em relação ao exemplo referido que "não se poderia pensar em denunciar tais infrações como peculato". p. 67. Conquanto a idéia seja correta, a capitulação foi equivocada.

Esta foi a decisão do TJSP, AC - REL. Humberto da Nova: "excluem-se da incriminação de corrupção pequenas doações ocasionais, recebidas pelo funcionário, em razão de suas funções.

Em tais casos não há de sua parte consciência de aceitar retribuição por um ato funcional, que é elementar ao dolo no delito, nem haveria vontade de corromper". RT 389/93 , in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, de Alberto Silva Franco et alii. 3ª ed. rev. amp. São Paulo , RT 1990. p. 1460.

14. WELZEL, Hans. op. cit. p. 85.

15. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La adecuacion... cit. p. 75.

16. Ver Lei das Contravenções Penais (Dec. Lei 3688 de 3/10/1941) art. 63, proibindo servir bebidas alcoólicas a quem esteja

em estado de embriaguez (inciso 119).

17. A doutrina, em especial a jurisprudência, tem decidido em nome da "boa política criminal" em casos de agressão de marido à esposa ou vice-versa (TACRIM - SP - AC Rel. Silva Franco - JUTACRIM 69/442, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial cit. p. 112.

Outras decisões de "Política Criminal": RT 501/307, 345/381, 438/441, 349/293, 330/468 e JUTACRIM SP - 54/420, 47/352.

No entanto há decisões contrárias, pela condenação: RT 567/362, 467/433, 386/271, etc.

Em sentido contrário ao pensamento absolutório, veja-se HADDAD. Ensaio sobre o problema da lesão corporal dolosa e leve. JUSTITIA. São Paulo, vol. 96. p. 131-41, em especial 132, in fine e 133, in fine.

18. JESCHECK, Hans H. Tratado de Derecho Penal - Parte General. Vol. I. p. 342.

19. JESCHECK, op. cit. p. 553, considera essas atividades - mineração, transportes ferroviários, rodoviários, aéreos, operações cirúrgicas, etc, como risco permitido, inserido na adequação social.

20. No sentido do "cuidado objetivo" ver Costa Júnior, Paulo José da. Direito Penal da Culpa. Revista de Ciência Penal. p. 76.

21. JESCHECK, Hans. H. op. cit. p. 342.

22. Foi essa a solução adotada por EUGÊNIO FRAGOSO, conforme sua "Consideração: sobre a "ação socialmente adequada" extraída de um caso concreto. Brasília, Revista do Superior Tribunal Militar. nº 5. p. 129-33. Em corrida automobilística denominada "1000 quilômetros de Brasília" envolvendo o veículo de um dos participantes e de um assistente, com ambos sofrendo lesões corporais.

Segundo o Juiz, com base em BETTIOL, SCHAFFSTEIN e FIORE, o acusado, autorizado pelo Estado, praticou ação socialmente a adequada.

Ressaltou que as "competições são consideradas próprias de toda a coletividade; atendendo interesse público e nunca contrastam com os fins da vida social" (p. 132).

Se temerário mas não punível o comportamento da vítima que, estacionou o seu veículo próximo à pista da prova, da mesma forma não é possível reprimir o comportamento do piloto, pois essas ocorrências são comuns às corridas.

23. Conforme ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Adecuación... cit. p.75.

24. BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Vol. I. p. 397 e ss.

25. REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade Concreta. p. 57.

26. Ver REALE JÚNIOR, Miguel. Atos obscenos e os Limites da Licitude no Carnaval, in Novos Rumos do Sistema Criminal. p. 201-03.

27. FIORE, Carlo. Lázione socialmente adeguata nel Diritto Penale.
p. 171.

28. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. vol. I. p. 471.
A conclusão do maior penalista Pátrio pelo caso fortuito é quando, embora "guardada a técnica do esporte resulta normalmente um evento letal ou um ferimento grave, ocorrendo ausência de culpabilidade.

29. MIRABETTE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. I.
p. 191.

30. NEVES, Serrano. Desporto e Direito Penal. Revista de Informação Legislativa. nº 27. p. 66.

O autor elenca na obra citada p. 66-7, como teorias possíveis de serem aplicadas negando o delito esportivo:

Consentimento do ofendido, ausência de antijuridicidade ,
"do fim não contrário ao direito", da "legalidade implícita", da "conformidade extralegal", do "caso fortuito", da "equiparação", da "prevalência das regras do desporto", do "consentimento da sociedade", do "fim reconhecido pelo Estado", do "costume praeter legen", do "costume contra legem", da "Analogia in bonum", da "inexigibilidade de outra conduta".

31. JESCHECK, Hans H. op. cit. p. 343.

32. Conforme Ordem de Serviço para a Operação Alegria. 1989.

33. Ver REALE JÚNIOR, Miguel. Atos obscenos e Limites da Licitude de no Carnaval. cit. p. 201-03.
34. O sentimento de pudor é noção extremamente relativa e jurídica. Conforme REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p.463.
35. A doutrina entende ser exercício regular de direito. Por todos, HUNGRIA, Nelson. op. cit. p. 470-71.
36. Conforme REALE JÚNIOR, Miguel. Antijuridicidade Concreta.Cit. p. 58.
37. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Consideração em torno da supralegalidade... RT 356... p. 32.
38. FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit. p. 199.

Ver HUNGRIA, Nelson. Fragoso Heleno. Comentários ao Código Penal. Vol. I TOMO II. p. 250-51, reconhecendo no caso, o exercício regular de direito e, sobrevivendo morte do paciente, considera uma "infelicitas facti".

Para MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Direito. p. 117-18, a prática de tais atos está no âmbito do exercício profissional.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal - Parte Geral. T-2º, p. 12, entende como exercício regular de uma faculdade legítima e, materialmente, acorde a DOHNA, meio justo para fim justo, ou ainda meio adequado para fim reconhecido pela ordem estatal (Eb. Schmidt).

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. p. 203, considera as intervenções cirúrgicas centro das normas da arte médica como atípicas.

Em sentido semelhante, ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Vol. III, p. 496, para quem as lesões cirúrgicas são atípicas quando se persegue uma finalidade curativa.

39. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 500. Lembra que não só no Direito Alemão o corte de cabelo e barba constitui-se delito de lesão, mas, também, na Argentina se resulta dano psicológico.

Para o professor argentino (op. cit. p. 501), exclue-se a atividade do cabeleireiro porque conglobantemente atípica e, particularmente nas corporações militares, pois se constitui em normas de higiene.

Também no Brasil as Forças Armadas e Polícias Militares determinam através de regulamentos disciplinares a obrigatoriedade do corte de cabelo.

Veja-se ainda FREITAS GOMES, Luís Roldão de. A inegociabilidade da matéria orgânica, transplante de órgãos ou partes do corpo. JUSTITIA. p. 42... citando exemplos de CUNHA GONÇALVES como ato lícito que o homem pode exercer sobre sua própria pessoa, além dos cotidianos, cortar cabelos e unhas, sujeitar-se às operações cirúrgicas, ceder sangue para transfusão, submeter-se às normas terapêuticas, etc.

40. A doutrina e Jurisprudência nacionais também incluem o dano psíquico como lesão corporal.

"O corte de barba e dos cabelos constitui (desde que não se trate de remoção ou arrancamento de parte insignificante) lesão corporal, simples pois constitui dano e, por vezes, bem grave, à integridade corporal". (TACRIM - SP - AC - Rel. Rubens Gonçalves - JUTACRIM 94/263, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, cit. p. 752).

42. Para HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol V.p.

433, a custódia do art. 136 inclui o diretor do Hospital ou Colégio.

TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. p. 201. exclue os professores do direito de correção.

No direito alemão, em que não existe o exercício regular de direito, a jurisprudência aceita a excludente de ilicitude chamada direito de correção dos mestres.

Sobre o assunto, ver JESCHECK, op. cit. p. 542-43.

Decisão do TACRIM-SP, Rel. Gonçalves Sobrinho, JUTACRIM 64/234, concede ao Diretor de escola o jus corrigendi, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, cit. p. 752.

43. Conforme TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit. p. 202, situa o direito de correção no estrito cumprimento do dever legal.

44. Ver p. 68-9, inserindo o Direito Costumeiro como forma do exercício regular de direito.

45. BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 405, que, analisando o art. 451 do Código Penal Italiano, afirma ser o direito de correção inerente a "todos aqueles que são titulares de um poder de supremacia sobre outras pessoas e, em particular, ao genitor que exercita o pátrio poder sobre os filhos..."
46. É o que ensina MAURACH, citado por LINHARES, Marcelo Jardim. Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. p. 487.
- SAUER, Citado por LINHARES, Marcelo Jardim. op. cit. p. 486-87, sobre correção de filhos alheios, afirma ser o direito reconhecido sob vários fundamentos: bem geral, estado de necessidade supralegal, interesse público, fim justo, ponderação de interesse, serviço de ajuda à comunidade popular.
47. MAURACH, apud JARDIM LINHARES, Marcelo. op. cit. p. 487, anotando para os casos de correção de criança alheias, além do exercício regular de direito, o consentimento presumido, e salvaguarda de interesses preponderantes e a gestão de negócios sem mandato. (op. cit. p. 500)
48. LISZT, Franz von. Tratado de Derecho Penal. T. II. p. 349. Sobre a possibilidade de transferência do poder de corrigir ver ASÚA, Luís Jiménez de. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires. LOSADA, 1951. T. IV. p. 543.
49. Neste sentido, ver PIERANGELLI, José H. O Consentimento do

Ofendido na Teoria do Delito. p. 222. Embora sem "eficácia justificante". op. cit. p. 220, e imprescindível o consentimento do cônjuge.

Ver ainda LINHARES, Marcelo Jardim. op. cit. p. 219.

50. Conforme COSTA E SILVA. A. J. da. Lesões corporais. JUSTITIA. p. 78.

Também in RT 52/78, Citado ainda por COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. cit. vol 2. p. 47, e por PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 219.

51. GOMES, Hélio. Medicina Legal. p. 290-91.

52. Sobre a esterilização ver a interessante análise de COUTINHO, Léo Mayer. Código de Ética Médica Comentado. p. 58, em especial as conclusões (p. 192) entendendo ser antiético e ilegal a esterilização ante a legislação em vigor. (idem)

53. Para o Dr. Léo Mayer Coutinho, Presidente da CRIMESC - Conselho Regional de Medicina, órgão que fiscaliza a ética médica, a vasectomia é proibida assim como o jogo de bicho, in Vasectomia é rotina fora da lei, Diário Catarinense. 25 Nov 1990. p. 3.

Ver Medeiros da Silva, Jorge. Ligamento de Trompas - Crime de lesões corporais. Jurispenal. p. 33-41

54. Ver CHAVES, Antônio. Direitos da Personalidade. Justitia. p. 63-104, em especial 71-2 e 83-4.

55. Apud LINHARES, Marcelo Jardim. op. cit. p. 219.
56. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado... cit. p. 544 preconiza ,
além do consentimento do ofendido, a necessidade de auto-
rização judicial.
Inexistência de dolo foi a decisão do TACRIM - SP. Rel. Den-
ser de Sá - RT 545/355, in CP e sua Interpretação Jurispru-
dencial cit. p. 769. Sobre o tratamento médico com finali-
dade terapêutica ver PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 233
e ss, também p. 238-39, conceito de saúde de COUSINO MAC
IVER:
57. CARVALHO, Hilário Veiga de. Transexualismo. Diagnóstico. Con-
duta médica a ser adotada. Revista dos Tribunais. p. 289-98 .
58. FRAGOSO, H. Cláudio. Transexualismo. Conceito, distinção do
homossexualismo. Revista dos Tribunais. p. 300.
59. MENEZES, apud SALGADO, Murilo Rezende. O Transexual e a ci-
rurgia para a pretendida mudança de sexo. Revista dos Tri-
bunais. p. 242.
60. SALGADO, Murilo Rezende. op. cit. p. 246, considerando a ope-
ração para mudança de sexo como uma cirurgia plástica, aduz
que a medida do direito não é ilimitado, mas sim, medido pe-
la "finalidade de um interesse digno de proteção, entre o
perigo da operação e a vantagem que se visa a obter".
61. Conforme Relatório do IV Congresso Brasileiro de Medicina Le-

gal - SP 8 a 12/12/1974, in O Transexual e a cirurgia para a pretendida mudança de sexo, cit. p. 241-42.

62. Neste sentido ver SALGADO, Murilo R. op. cit. p. 244 e ss.

Não se pode valorar os "bons costumes" restritamente à proibir cirurgia de embelezamento ou restauração de hímem, como quer PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 231.

63. GOMES, Hélio. op. cit. p. 654.

Ver MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria Geral do Delito. p. 117, prescrevendo como essencial ao exercício profissional o consentimento do paciente e a obrigação de fornecer a ele informações sobre a transcendência do tratamento. Fora desses casos só o estado de necessidade ou nos tratamentos coativos (vacinas) eximem a conduta do médico.

Para HUNGRIA, Nelson. op. cit, vol I, T. I, p. 250, limita-se a reconhecer como exercício regular de direito "nos casos aconselhados pela ética médica" com o consentimento da vítima.

64. Para FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal - Parte Especial. V.I-p.129, inexistente tipicidade nas intervenções cirúrgicas com êxito mesmo que para corrigir deformações.

WELZEL, Hans. op. cit. p. 139, aceita o consentimento para tornar o fato atípico, desde que exitoso e realizado conforme a legis artis. ASÚA, Luis Jiménez de. op. cit. Tomo IV, p. 666, menciona justificativa supralegal da preponderância

do bem, quando não seja necessária, porém conveniente, a intervenção cirúrgica, desde que realizada visando o bem-estar do enfermo. Estende esse entendimento à cirurgia estética. (p. 668)

65. É a lição de Louis COUSINO MAC IVER citado por PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 233.
66. Em sentido contrário, prescrevendo como conduta ilícita as "operações plásticas desnecessárias (...) oriundas de simples vaidade". Este é o pensamento de COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O transplante do coração face ao Direito Penal Brasileiro. Revista dos Tribunais. p. 396.
67. No hebraico a palavra hatan, significa noivo, mas se traduz literalmente como circunciso, conforme Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo, Rio, Encyclopédia Britânica do Brasil Publicações, 1980. p. 6554.
68. PIERANGELLI, José H. op. cit. p. 223-24, opina no sentido de se compreender a circuncisão como exercício da liberdade de culto.
69. Conforme Enciclopédia Mirador Internacional. op.cit. p. 6554.
70. BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 401.
71. Neste sentido, BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 401.
- Semelhante é o pensamento de von LISZT, cit. vol 2, p. 353.
- Para ZAFFARONI, E. Raúl op. cit. T. III p. 547, é atípica

por ser "prática religiosa reconhecida pelo Estado".

72. Conforme FREITAS GOMES, Luis Roldão de. op. cit. p. 40.

73. A classificação referida por FREITAS GOMES, Luis Roldão, op. cit., e por COSTA JÚNIOR, Paulo José da. A tutela Penal da Intimidade, in Comentários ao CP - Parte Especial, p. 159, é de Orlando Gomes.

Sobre a tutela penal da intimidade ver art. de Paulo J. da C. Júnior, cit. supra.

74. REALE JÚNIOR. Novos Rumos do Sistema Criminal cit. p. 204-06.

75. Sobre a determinação da morte, ver GOMES, Hélio. op. cit. p. 604-13.

76. STEVENSON, apud FREITAS GOMES, Luis Roldão, de. op. cit. p. 53-4.

77. Para MAYRINK DA COSTA, Álvaro. op. cit. vol. I, p. 634, os casos de transplantes de órgãos ou tecidos se encontram dentro do conceito médico de intervenção cirúrgica com finalidade curativa.

Segundo REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 206, a lei 5479 não recrimina a disposição remunerada de parte do corpo da mesma forma que é lícita a comercialização de sangue, sêmen masculino, pele e o aleitamento. Mesmo sentido, ver FREITAS GOMES, Luis Roldão de. op. cit. p. 48.

78. Neste sentido ver COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O Transplante do coração, face ao Direito Penal Brasileiro . p. 396.

CAPÍTULO V - CONTRIBUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO
SOCIAL À DESCRIMINALIZAÇÃO

1. A Criminologia Crítica
2. Incriminação - Descriminalização
3. A Adequação Social, como fator de descri
minalização
 - 3.1. Nas Contravenções
 - 3.2. Nos Delitos
 - 3.2.1. Adultério
 - 3.2.2. Casa de Prostituição
 - 3.2.3. O Curandeirismo
 - 3.2.4. O consumo de drogas

Notas bibliográficas

CAP V - A CONTRIBUIÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL À DESCRIMINALIZAÇÃO

1. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A partir da década de setenta, uma corrente de pensamento jurídico-penal chamada Criminologia Crítica consolidou-se. Afastando-se do tradicional conceito ligado unicamente ao crime e ao criminoso, superando o simples paradigma etiológico, passou-se a se preocupar e discutir a legitimidade do direito penal, investigando no discurso criminal as "funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática". (1)

Dentro dessa criminologia moderna (crítica), segundo Maurício Martínez Sanchez, três tendências se sobressaem: o neorealismo de esquerda, a teoria do Direito Penal mínimo e o abolicionismo. (2)

O primeiro, dito de "esquerda" para se contrapor ao movimento "realista de direita" dos EUA e Inglaterra que preconizavam mais repressão contra os trabalhadores e minorias étnicas, dirige seus estudos para uma sociologia do crime, propondo, como os minimalistas, a descriminalização de certos comportamentos e a incriminação de outros. (3)

Os minimalistas (Direito Penal mínimo), dos quais o maior representante na Europa é Alessandro Baratta, entendem que o sistema punitivo nada mais é que "um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema so-

cial global". (4)

Identifica o mestre italiano dois princípios, que se articulam sob pontos de vista interno ou externo do Direito Penal.

Como princípio intra-sistemático, indicador de requisito à criação e manutenção das normas recriminadoras, incluem-se os de limitação funcional, destacando-se neste o que se relaciona ao custo social da pena em certos casos, fazendo com que seja desaconselhada a incriminação de condutas onde a sanção produz consequências mais graves sobre a vítima e a sociedade que o próprio delito. (5)

É na condição de princípio extra-sistemático da mínima intervenção penal que se sobreleva o de descriminalização como forma de opor-se à violência institucional. Reconheça-se, no entanto, nos princípios internos anteriormente mencionados, categorias que permitem a não incriminação de determinados comportamentos, através de uma interpretação restritiva dos tipos na conformidade das normas culturais. Exemplo deste último é o princípio do respeito pelas autonomias culturais. (6)

Os abolicionistas que "negam a legitimidade dos sistemas penais tal qual operam na realidade social atual" (7), afirmam da necessidade de abolir o Direito Penal e as prisões e "substituir tais instrumentos com intervenções comunitárias e instituições alternativas". (8)

Nas três modalidades referenciadas a Criminolo

gia Crítica pretende, de um lado a reconstrução da dogmática a partir da deslegitimação do Direito e, de outro, numa postura mais radical, a extinção das normas que prescrevem condutas delituosas e respectivas sanções.

O que se infere do exposto é que o minimalismo é uma fase necessária a qualquer tese abolicionista (9), constituindo-se esta, no momento, uma simples formulação teórica destituída de prâxis, mesmo porque, não renunciando à solução dos conflitos (10), poderia gerar formas de aplicação de penas sem processos formais como os que atualmente existem.

É neste contexto que uma Política Criminal, entendida como "política de transformação social e institucional"(11), orienta-se no sentido de uma descriminalização e desjudicialização, retirando do sistema punitivo todas as "condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais". (12)

A fundamentação, dita marxista, emprestada à Criminologia Crítica no seu nascedouro, deve ser compreendida tão somente como "um instrumento funcional de delação" (13), em que não interessam somente os fatores endógenos e exógenos que conduzem à criminalidade mas também, e principalmente, o porquê da lei, para que serve, a quem se dirige.

Desta forma, é possível à Criminologia Crítica questionar a legitimidade de um Direito Penal e, ao mesmo tempo, extirpar determinadas condutas do ordenamento positivo pela ausên

cia de danosidade social ou reclamadas pelo corpo social como comportamentos normais.

Nesta ótica do criticismo, tanto os minimalistas quanto os neo-realistas de esquerda, na certeza de que o Direito Penal deve ser forma de proteção dos mais débeis (14), aceitam a incriminação ou denúncia de outras condutas praticadas por agentes poderosos que normalmente estão além ou acima da lei. (15)

2. INCRIMINAÇÃO - DESCRIMINALIZAÇÃO

Para uma melhor compreensão da descriminalização é preciso que se fale sobre a incriminação, pois um e outro es tão, da mesma forma, sobre a balança dos valores a serem questiona dos pela lei e/ou intérprete.

Em momentos históricos determinados surgem no vas figuras delitivas ou se agravam as penas, senão como conseqüên cia da Criminologia Crítica referida no capítulo anterior, criando novos tipos, fruto da consciência coletiva ecológica como as infra ções contra o meio ambiente, ou conseqüência da subordinação a uma necessidade política ou pressão da sociedade influenciada emocio nalmente.

A pluralidade das leis, sem critérios, com pres crições sobre o mesmo tema, conduzem inevitavelmente a problemas não só de interpretação pela semelhança de dispositivos, mas a um con flito real de normas.

Neste sentido podem ser citados como exemplos recentes a Lei 8069, de 13 de julho de 1990 - crimes praticados con tra a criança e o adolescente, e a Lei 8072, de 25 de julho de 1990 - Crimes Hediondos, gerando uma situação cômico-trágica com san ções distintas para um mesmo delito (16) e situações em que juris tas apregoam ser melhor matar que beijar. (17)

Idênticos problemas surgirão, certamente, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078, de 11 de setembro de

1990), que entrará em vigor em março de 1991, com dispositivos referentes às relações de consumo e à ordem econômica, e a Lei Antitruste (Lei 8158, de 8 de janeiro de 1991), que prevê também uma série de delitos contra a ordem econômica (o art. 3º relaciona de zoito condutas recrimináveis).

É importante que se mencione a existência de figuras delitivas, expressas em leis esparsas, que surpreendem não só ao leigo mas também aos estudiosos do direito e demonstram de forma inequívoca a intensa vontade de, coercitivamente, impor certa conduta, cujo bem jurídico prescinde de uma sanção penal para ser tutelado.

Assim, seria crime a "atuação como instituição financeira sem a autorização do Banco Central (art. 44, § 7º da Lei 4595/64) ou "invadir alguém ou ocupar, com o fim de esbulho possessório, terreno ou unidade residencial (...) objeto de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (art. 9º da Lei 5741, de 1º de dezembro de 1971), ou ainda o emprego indevido da palavra couro, qualificado como concorrência desleal do art. 196 (Lei 4888, de 9 de dezembro de 1965). (18)

Essa incriminação exagerada, geralmente surgida da falsa crença de que somente a sanção atemoriza e coage a um comportamento que se coadune com a "... passageira conveniência de órgãos públicos" (19), torna o Direito Penal um instrumento de experiência para "a solução de problemas que pertencem em verdade a outros ramos do direito. (20)

Deve existir um cuidado na seleção de condutas que se tornam objetos de apenação pela facilidade com que esse processo jurídico-político é "permeado por ideologias e interesses" (21) dos que dele participam, razão pela qual não devem ser incriminadas condutas que atendam somente a interesses de minorias ou cuja incriminalização represente um instrumento de dominação. (22)

Duas formas de agir podem ser utilizadas para amenizar os efeitos de um Direito Penal em dissonância com o ideal para resolver conflitos que efetivamente mereçam a preocupação do sistema penal.

A primeira estratégia, consiste em aperfeiçoar sua eficiência visando um melhor atendimento das finalidades, ou, reduzir os efeitos negativos pela adoção de medidas tais como a substituição das penas privativas de liberdade por outras sanções. (23)

Como segunda estratégia, pela descriminalização, expressão que pode ser conceituada, conforme Alfonso Reyes como o "fenômeno que faz desaparecer do elenco de delitos ou contravenções, legalmente previstos, um determinado modelo de comportamento humano, que a partir de uma tal decisão seria juridicamente lícita ou indiferente". (24)

Sintetizadamente, a descriminalização pode ser entendida como a extinção do caráter delituoso de um fato, legalmente previsto como ilícito. (25)

O Código Penal de 1969 (Dec-Lei 1004 de 21/10/

1969), que não entrou em vigor, apesar de ter criado muitas normas incriminadoras até então não existentes, descriminalizou os delitos de perigo de contágio venéreo (art. 130) e de moléstia grave (art. 131), com fundamento, conforme Exposição de Motivos nº 45, no progresso e "ausência de repercussão forense".

Ao lado da descriminalização, mencione-se também a desjudicialização e a despenalização, constituindo-se a primeira no afastamento do âmbito do Direito Penal de uma norma representativa para outro campo do direito, com sanção de natureza civil, comercial ou administrativa (26), e a segunda caracterizada pela solução por mecanismos distintos dos judiciais. (27)

A descriminalização pode ocorrer de uma decisão do poder legislativo, como também em consequência de um ato interpretativo do juiz. (28)

Neste último aspecto é importante que se ressalte o papel preponderante do intérprete (juiz) para retirar da lei penal o seu fator criminógeno quando prescreve sanções para condutas sem qualquer lesividade social.

É evidente que a descriminalização pelo legislativo tem valor, ao menos de segurança jurídica, maior que o decorrente de interpretação do Juiz, pois aquele tem caráter definitivo enquanto o de simples decisão em caso concreto tem eficácia reduzida e, às vezes, limitada a uma região. (29)

Na convicção de que, conforme ASÚA (30), a lei reina mas a jurisprudência governa, a exceção à restrição que se

impõe à interpretação do Juiz ocorre quando a decisão advém da Corte Maior (Supremo Tribunal Federal), equiparando, em consequência, os efeitos ao decorrente de ato legislativo.

O mais citado destes casos é o da emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos (art. 171, § 2º, VI-CP) em que o Excelso Pretório decidiu que o pagamento de cheques antes do recebimento da denúncia exclui a justa causa para a ação penal.

Embora não tenha expressamente determinado a extinção da punibilidade, permite implicitamente ao Juiz recusar a denúncia pela ausência da justa causa sob pena de constrangimento ilegal por parte do magistrado. (31)

Criou-se uma consciência dos juristas, a par - tir do Colóquio Internacional sobre Descriminalização, em Bellagio, da necessidade de descriminalizar delitos, tais como o adultério e o incesto, propaganda de substância anticoncepcional, charlatanismo, curandeirismo; e despenalizar o consumo de droga e contravenções, dentre elas a mendicância, vadiagem, jogo de bicho, etc. Todas as infrações, de uma ou outra forma, não mais representam os interesses coletivos e, sim, ditados pela suposição de que só a coerção impõe ou impede determinado comportamento.

O Código Penal de 1969, que não entrou em vi - gor, criou novos tipos delitivos, entre os quais o incesto (art. 258) e a inseminação artificial (art. 267), ambos censurados pela Criminologia Crítica. Enquanto o primeiro seja comum às classes pobres em que a promiscuidade familiar não permite uma consciência da

imoralidade do ato, a inseminação artificial, como delito, é no dizer de RAUL CHAVES uma "verdadeira heresia jurídica" (32), pois de efeitos meramente privados, faltando-lhe dignidade penal. (33)

Se o Direito Penal tem a função precípua de proteger os bens jurídicos fundamentais ao corpo social, a omissão do legislativo mantendo norma incriminadora inadequada à consciência jurídica popular, deve ser suprida pela atividade interpretativa do seu aplicador.

ALÍPIO SILVEIRA propõe outra solução: se a simples aplicação literal da lei não atende aos fins sociais e às exigências do bem comum (art. 5, Lei Introdução do CC), o Juiz deixa de aplicá-la.

Se a matéria for incriminativa "que não admite o caso omissó, a consequência será o não enquadramento por atipicidade". (33a)

Mesmo porque, na prática, ocorrem casos de descriminalização qualificadas de impróprias. Inicialmente pelo cidadão que sabe da existência de delito e de sua autoria mas não comunica à autoridade policial, posteriormente pela própria polícia que "resolve" os pequenos casos evitando a formalização e custo de um processo, ou não os investiga.

Ambos os casos, inseridos na chamada "cifra negra" (34), são instrumentos claros de descriminalização temporária, com efeito tão eficaz quanto uma decisão de um Juiz ou Tribunal e, certamente, muito mais baratos.

Aliás, ressalte-se que, ainda quanto à existência de certos tipos legais no ordenamento positivo, decisões de Juízes e Tribunais têm descriminalizado e despenalizado delitos e contravenções, não raro, em nome de uma "política criminal". (35)

3. A ADEQUAÇÃO SOCIAL, COMO FATOR DE DESC-RIMINALIZAÇÃO

Um comportamento socialmente adequado que permite ao intérprete tornar um fato, previsto em lei, como materialmente atípico ou determinante de licitude como causa supralegal, também serve de fundamentação teórica para descriminá-lo.

As hipóteses analisadas no Cap IV, em especial a que se refere à lesões decorrentes de esterilização, às causadas por cirurgias de mudanças de sexo de travestis, ou às resultantes de operações com finalidade estética, de circuncisão, etc, não podem ser consideradas como descriminalização, pois as normas recri-minadoras permanecem, já que aquelas são delitos em que a ação socialmente adequada é circunstancial.

Além disso são todos tipos dolosos ou culposos abertos o que torna a valoração do comportamento fundamental à caracterização do delito.

É possível, porém, extrair do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, alguns crimes que por não encontrarem suporte jurídico nas normas de cultura, tornam-se defasados em relação ao momento histórico vivenciado. Gravita tão somente no mundo jurídico com sua forma abstrata sem qualquer sentido prático à verdadeira missão do Direito Penal - tutelar os valores e bens realmente necessários à convivência em sociedade.

Nesses casos a proposta não é a sua alheação pe

lo Direito mas, com base na ausência de pressupostos, não prescrevê-los como delitos e aos quais se deva atribuir uma sanção penal.

O Código Penal Italiano, no parágrafo 2º do art. 529, ao expressar que "não se considera obscena a obra de arte ou ciência" denota, conforme a exposição de motivos de ALFREDO ROCCO, a recusa em manter como norma penal aquilo que represente "as aspirações insuprimíveis do espírito humano em relação às belezas da arte". (36)

Este dispositivo levou os juristas italianos entenderem-no como um caso de adequação social codificada, com base no pensamento welzeniano de que, apesar de configurar o tipo, abstratamente, não é penalmente relevante. (37)

De certa forma, no nosso ordenamento os Juízes e Tribunais, tem adotado como razão maior de decidir, mesmo que sob véu da "política criminal", a aceitação social do comportamento, em tese recriminado pela norma.

Da conceituação do comportamento socialmente adequado é possível concluir-se que se aplica tanto aos delitos quanto às contravenções. (38)

3.1. NAS CONTRAÇÕES

No campo das contravenções, mais facilmente exemplos podem ser citados, pois são normalmente fundadas em normas essencialmente sociais.

O tradicional "jogo de bicho", historicamente inserido no contexto social e na vida da comunidade, é apregoadado constantemente como de necessária descriminalização pela evidente contrariedade com a consciência popular.

O fato de a norma existir desde 1941 (Dec-Lei 3688, de 3 Outubro) não pode ser, pelo tempo de vigência, considerado como "imutável até que o poder legislativo decida descriminalizar as condutas que deixem de representar um desvalor" como afirmado pelo TACRIM-SP. (39)

Mas o mesmo Pretório paulista decidiu ser "infração totalmente fora de moda e apêndice do pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborado". (40)

A Jurisprudência Catarinense também não é unifórme. De um lado a posição de eminente Desembargador afirmando ser "Tese sem valia jurídica" a inexistência de antijuridicidade material, face a aceitação popular. (41)

De outro, ainda que se absolvendo por falta de prova pericial, se reconhece que não havia razão para punir porque o próprio Estado "em escala gigantesca explora várias espécies de jogo de azar". (42)

O que fazer com os infratores dessa contravenção que hoje colhem suas apostas às claras, ocorrendo, não raro, acordos entre governantes e banqueiros, divulgados pala imprensa, para a construção ou manutenção de obras assistenciais?

Não há costume mais arraigado na cultura brasileira, e portanto sem qualquer reprovação ético-social, que o jogo de bicho, passível de rotulação de ação socialmente adequada, descriminalizante, e assim compreendidas em algumas decisões. Ou porque "embora típico se ajusta às exigências próprias das concepções da cultura de um povo" (43), ou fundada no pleno conhecimento das autoridades policiais que faz presumir "que os papéis encontrados com alguém se destinem aos jogos permitidos. (44)

O Juiz não pode ficar alheio às finalidades da norma que, apesar de aparentemente relacionada aos "bons costumes", têm, na verdade, a intenção de proteger o monopólio estatal de exploração de loterias. (45)

Estabelecendo um paralelo entre as contravenções e os critérios relativos de HULSMAN (46), como contra-indicadores à criminalização, podemos citar a mendicância do art. 60 e a vadiagem do art. 59, por ocorrer em grupos socialmente discriminados (47); a embriaguez (art. 62), ante a real miséria psíquica ou moral (48), a crueldade contra animais (art. 64), nos casos de farra de boi nos locais de origem e cultura açoriana, e briga de galos, esta "legalizada" na cidade de Salvador por lei municipal (49), ambos representativos da cultura popular.

Também a exploração de credulidade pública (art. 27) através de sortilégios e predição de futuro, resquício das ordenações (Livro V, Título III), influência da Igreja Católica, que não inclui, no entanto, na norma contravencional, a cura pelos (posteriormente) santos ou o exorcismo.

Relembre-se que nunca os povos apegaram-se tanto ao ocultismo, ao esotérico, pela incerteza e insegurança gerada, pelas crenças religiosas, o que fez crescer o número de estudiosos nos mais variados setores, como a grafologia, cartomancia, quiromancia, numerologia, astrologia, jogo de búzios, tarô, runa, etc. Dos dez (10) livros mais vendidos no Brasil de 10 a 16/01/91, seis (6) referem-se a temas esotéricos ou místicos. (50)

As contravenções referidas, em sua maioria não chegam ao conhecimento do Judiciário, embora a imprensa seguidamente as noticie, ficando ao arbítrio da autoridade policial a solução, e que geralmente resolve da melhor maneira: desconhece-os.

Assim fazendo, com pleno conhecimento dos membros do Judiciário, decide-se pela descriminalização tácita da conduta que reconhece ser perfeitamente acolhida pela comunidade, se não como ideal, ao menos como admissível.

A conduta deve ser descriminalizada definitivamente pelos Juizes por ser aceita e adotada pela maioria dos brasileiros.

3.2. NOS DELITOS

Além dos delitos analisados no Cap IV, socialmente adequados, quer pela falta de lesividade, quer pela legitimidade reconhecida da conduta, podem ser questionados o adultério, a casa de prostituição, o curandeirismo e o consumo de droga.

3.2.1. Adultério

O adultério (art. 240), segundo REALE JÚNIOR, sofrendo um processo de descriminalização branca (51), longe de destruir a família representa tal qual a desunião familiar, o desentendimento conjugal (52), ou o será pelo procedimento criminal. As medidas cíveis (art. 3º da Lei 6515, de 26/12/1977), já constituem punição e ninguém pode sequer supor que a recriação jurídica-penal do adultério impedirá alguém de praticá-la. Destaque-se ainda que a relação homossexual (pederastia ou lesbianismo) não é incluída no conceito desse delito.

A tutela do princípio monogâmico do casamento não é atingida pelo Código Penal, o que pode ser comprovado pelos casos que chegam a ser processados e, ainda assim, com a intenção de vantagens financeiras na separação.

É, pois, de evidente inadequação diante da moderna tendência descriminalizante e, se a prática de relações extra-conjugais não é recomendável ou adequada, tornou-se com a evolução da humanidade prática aceita pela coletividade, de tal forma que,

mesmo sem dados pesquisadores cientificamente essa afirmação pode ser sentida, facilmente, pelos raros processos existentes nos Tribunais brasileiros, mesmo porque após a lei do divórcio a fidelidade não é mais considerada como obrigação do casal. (53)

3.2.2. Casa de Prostituição

Prescreve o art. 229 do CP, como delito, o fato de "manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado aos encontros para fins libidinosos, haja ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente".

Se a doutrina discute certos aspectos do delito, excluindo-o ou não de acordo com o local de sua prática, a jurisprudência dos Tribunais tem sido primorosa ao afirmar que não se inserem no tipo delitivo as casas de massagens alegando que a interpretação dos dispositivos não pode ser abrangente a ponto de alcançar estabelecimentos comerciais que, explorando 'saunas, banhos, massagens, relax, duchas e bar, não se destinam especificamente para fins libidinosos (54), sob pena de analogicamente criar condutas não previstas na lei penal.

Não menos inteligentes as decisões que absolvem os donos de motéis, por se constituírem em locais em que há apenas encontro para fim libidinoso, mas não prostituição (?) (55), ou os que entendem inexistir ilicitude das casas de prostituição porque feita às claras e com autorização das autoridades policiais. (56)

Ora, os motéis, saunas e casa de prostituição não somente são conhecidas de todos como, às vezes, divulgadas por órgãos de comunicação em campanhas publicitárias. O que falta para descriminalizar essas condutas?

É importante destacar que a sociedade mesma prefere um "tratamento social e não policial", (57), com a existência de um local próprio, onde as mulheres e travestis possam se prostituir, do que permanecer circulando no centro das cidades, no seu "trottoir", perturbando, com suas presenças, a moralidade pública que passa a exigir das polícias uma atuação repressiva.

3.2.3. O curandeirismo

Mencione-se ainda o curandeirismo, crime de perigo abstrato, significando que a simples prática configura o delito, não necessitando para sua caracterização de intenção de lucro, sendo sujeito passivo o Estado (coletividade).

O Supremo Tribunal Federal, em Recurso de Habeas Corpus, relator o então Ministro FRANCISCO REZEK, decidiu que "o espiritismo, visando a prática curativa, está alcançada pelo curandeirismo" (58), orientação seguida pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que deixou expresso: "Configura o delito do art. 284, II do CP, os chamados passes espíritas para o fim de cura" (59), embora, ressalte-se, decisões do mesmo órgão tenha solucionado casos semelhantes de forma contrária. (60)

O Anteprojeto do Código Penal - Parte Especial,

prevê a figura delitiva mas exigindo perigo concreto, de evidente adequação ao pensamento da parcela maior da sociedade brasileira, que vive, mesmo seguidores do Catolicismo, presa à cultura africana, ou adepta dos centros espíritas com seus passes e curas.

De outro lado, cresce em todos os países a busca alternativa de métodos, ainda não científicos, de cura de moléstias que, tempos atrás, seriam enquadrados como feitiçaria e, modernamente, como curandeirismo, olvidando-se de que não há qualquer lesividade na conduta a não ser que se queira tutelar uma pseudo-ignorância.

3.2.4. O consumo de drogas

Um último caso pode ser inserido neste trabalho e, mais que os anteriores, representativo de que a ameaça de uma sanção penal não elide a prática do crime e a "execução da pena degrada o remanescente moral do condenado, e o estigmatiza socialmente". (61)

É a questão do consumo de drogas, tipificado no art. 16 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, matéria de complexidade interdisciplinar e de intensa preocupação de todos os países, o que originou debates e congressos para a discussão do delito em todos os seus aspectos.

Atualmente, dentro da moderna Criminologia, é um dos delitos em torno do qual se preconiza a descriminalização do seu uso por não ser do âmbito do Direito Penal, de acordo com o

princípio da lesividade, "a incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor". (62)

A solução, aparentemente simplista tem, em verdade, uma consequência imediata de alcance político social, obrigando o Estado a amparar o cidadão que, na sua conduta "desviante", causa um mal essencial a si mesmo.

Não foram poucas as tentativas dos Juizes e doutrinadores de descriminalizar ou despenalizar o consumo de drogas, todas refutadas.

À tese de atipicidade por não se circunscrever ao tipo penal o simples consumo, contrapõe-se a afirmação de que representa um perigo social à comunidade a conduta do agente. (63)

À pretendida inconstitucionalidade do preceito como ofensa à liberdade individual, devendo o autor ser tratado como vítima e doente, alegou-se que haveria perigo à saúde pública, além de ser causador da prática de crimes violentos. (64)

À possibilidade de se constituir uma conduta adequada à realidade sócio-cultural, fundamentou-se, contrariamente, pela incongruência de se relegar a lei a segundo plano, pois o Juiz, ao aplicá-la, deve considerar os fins sociais e as exigências do bem comum. (65)

Acolhe-se hoje, não de forma equânime, que quantidade ínfima, sem qualquer efeito capaz de "gerar distorções psíquicas no agente, em face do metabolismo" (66), resultaria em delito de "bagatela" (princípio da insignificância) (67), o que

torna o fato atípico. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal não distingue para a configuração do delito a quantidade, estando "vinculado" às propriedades da droga, ao risco social e de saúde pública e não à lesividade comprovada em caso concreto". (68)

Incluído entre os delitos sem vítima (69), o consumo de drogas deve ser descriminalizado da mesma forma que não se incrimina a auto-lesão em que não há intenção de benefício, a prática de prostituição, a tentativa de suicídio ou a fuga de prisão.

Os que se opõem o fazem com argumentos vários, quase todos baseados na possibilidade de que o agente se transforme em "estimulador da déviante e disseminador do proselitismo quanto ao risco". (70)

As dúvidas na tentativa de solucionar adequadamente o problema se iniciam pela própria definição de drogas. Quais substâncias poderiam ser incluídas neste conceito, além das que constam de Portaria nº 27, de 24 de outubro de 1986 e que, em breve, ali poderão estar inscritas?

A doutrina do Santo Daime. (Fluente Luz Universal) e a União do Vegetal, que utilizam a ayahuasca, cresce dentro do País sem qualquer repressão porque ainda não se provou que a substância referida seja causadora de dependência ou redunde em dano à saúde do usuário. (71)

A leitura das questões sobre as drogas deve ser ampliada de forma que se as compreenda no seu aspecto globalizante

impedindo-se que se recrimine o consumo, porque fator de "perigo à sociedade" ou pela suposição de que se penalizando o viciado o tráfico se torna mais facilmente combatido. (72)

Atualmente, com a sanção ao que faz uso de drogas, retornou-se ao sempre censurado tipo de autor em que, não raro, a lei privilegia os mais abastados, que podem ser internados às suas custas em estabelecimentos privados, constituindo-se em fator de "gravíssima seletividade social". (73)

A "adequação social" da conduta de usar drogas deve ser compreendida, não como a inequivocamente aceita pelo corpo social, mas aquela que a realidade social imprime na consciência jurídica para compreender o autor do delito como vítima, e como tal deve ser tratado.

O apenado por consumir drogas delas não se afastará pela ameaça de uma nova sanção, nem pela inteligente aplicação de multa, sempre numa presunção "juris et de jure", mesmo porque se viciado, determinando-se o seu tratamento não existem estabelecimentos que possibilitem a sua reabilitação.

É através da Criminologia Crítica que se pode perquirir não apenas como o criminoso chegou à conduta punível mas, essencialmente, indagar da necessidade e legitimidade de se continuar recriminando essa conduta. (74)

O processo relativo a um crime em que acusado e vítima são uma única pessoa tende a "assumir feições inquisitórias" (75), cabendo ao judiciário descriminalizar a conduta para

cujo controle e repressão o Estado se tornou incompetente e, para o qual a consciência popular interpreta e aceita como doença a ser tratada por pessoal especializado, que possibilite ao consumidor o retorno aos valores ditados pela sociedade.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

CAP V

1. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. p. 33.
2. SANCHEZ, Maurício Martinez. Que pasa en la criminologia moderna. p. 1.
3. _____. op. cit. p. 2.
4. BARATTA, Alessandro. Principípios del Derecho Penal Mínimo. (Para una Teoria delos derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). Doctrina Penal. Teoria y practica en las ciencias penales. p. 625.
5. _____. op. cit. p. 632.
6. _____. op. cit. p. 635-36.
7. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. En Busca de las penas perdidas. Deslegitimacion y Dogmatica Jurídico-penal. p. 93.
8. SANCHEZ, Maurício M. op. cit. p. 5.
9. Em sentido semelhante, ver SANCHEZ, Maurício M. op. cit. p. 50. Também ZAFFARONI, Eugênio Raúl. op. cit. p. 110-11.
10. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 109.
Entende o autor que a abolição do sistema penal não é tese mais utópica que um modelo de sociedade em que não exista in

vulnerabilidade penal para os poderosos. (op. cit. p. 113).

11. BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. Revista de Direito Penal. Nº 13/14, p. 37.

12. FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal. p. 18.

13. ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 41.

14. FERRAJOLI, apud SANCHEZ, Maurício M. op. cit. p. 3.

15. Ver neste sentido, PIMENTEL, Manoel Pedro. O Crime e a Pena na atualidade. p. 43.

ZAFFARONI, E. Raúl. op. cit. p. 62, citando BARATTA, refere a incriminação de comportamento socialmente negativos, tais como a criminalidade econômica, a poluição, a criminalidade do poder, a Máfia, etc).

16. Ver a análise de JESUS, Damásio de. Anotações à Lei 8072/90 (crimes hediondos). Fascículos de Ciências Penais. Nº 4, p. 1-14.

Ver também no Fascículo citado. p. 15-25. SANCUTIÉ, Odone. In constitucionalidade da proibição da liberdade provisória. (in ciso II, do art. 2º, da Lei 8072, de 25.07.90).

Ainda no mesmo fascículo p. 24-3. FARIAS JÚNIOR, César de. Crimes hediondos, a nova lei.

17. Ver, além da análise inteligente de JESUS, Damásio de. op. su pra cit., Mata, mas não beija: Folha de São Paulo. 4 Nov 1990. p. 33.

18. Outros exemplos podem ser vistos em REALE JÚNIOR, Miguel.

Descriminalização. Revista do Instituto dos Advogados do Brasil. p. 189.

Ver também FABRÍCIO LEIRIA, Antônio José. Descriminalização e Criminalização. Revista de Informação Legislativa. Nº 59, p. 70.

O mesmo ocorre no campo das contravenções. Consulte-se a Lei 4591, de 16/12/1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Além de criar novos tipos penais (art. 65), ainda prescreve normas contravencionais (art. 66).

19. REALE JÚNIOR, Miguel. op. cit. p. 190.

20. BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. Cit. p. 37.

21. CATÃO, Yolanda. Notas sobre a punição do adultério e Descriminalização. Revista de Direito Penal. nº 13/14, p. 70.

22. Idem, ibidem.

23. HULSMAN, L.H.C. Descriminalização. Revista de Direito Penal. nº 9/10, p. 11.

24. REYES E., Afonso. Criminologia. p. 405.

25. CUNHA LUNA, Everardo da. Capítulos de Direito Penal - Parte Geral. p. 392.

Ver também o conceito de HULSMAN, cit. p. 7.

26. _____. op. cit. p. 398.
27. _____. op. cit. p. 401.
28. HULSMAN, L.H.C. op. cit. p. 7.
29. Neste sentido, ver BATISTA, Nilo. Algumas palavras ... citp. 35.
30. ASÚA, apud SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro. Vol. I, p. 451.
31. Conforme decisão do TACRIM-SP - AC Rel. Dante Busana - Bol ADV 6805, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, de Alberto Silva Franco et alii. p. 1046.
32. Apud DOTTI, René Ariel. Descriminalização e Criminalização. Duas tendências no âmbito da reforma. Enciclopédia Saraiva de Direito. p. 77.
33. Luiz Chemin Guimarães, apud CUNHA LUNA, Everardo da. op. cit. p. 395.
- 33a. SILVEIRA, Alípio. Op. cit. p. 452.
34. Ver a análise de THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos. Rio: Achiamé. 1983. p. 13-37.
35. Ver nota 17 Cap V. Também, CALDEIRA BASTOS, João José. O Poder Judiciário e a Lei. A Decisão contra a lei na jurisprudência Catarinense. Dissertação (Mestrado de Direito). p. 48-76.

36. Conforme COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal - Parte Especial. V. 3, p. 165. Sinteticamente, ver do autor Direito Penal Objetivo. Breves Comentários ao Código Penal. p. 486.
37. LATAGLIATA, apud COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários, cit. p. 165.
38. Nesse sentido, ver FIORE, Carlo. L'azione socialmente adeguata nel Direito Penale. p. 179 e ss.
39. Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo - Recurso de Habeas Corpus - Rel Dante Busana - JUTACRIM 83/166 - in CP e sua interpretação. p. 111.
40. Jurisprudência do TACRIM - São Paulo - AC - Rel. Renato Talli RT 605/311 in Código Penal e sua Interpretação... cit. p.111.
41. Jurisprudência Catarinense. Apelação Criminal 20976 da Comarca de Itajaí. Des. Aloysio de Almeida Magalhães - Relator. 1986. vol. 52, p. 427.
42. Jurisprudência Catarinense. Apelação Criminal 19257, Comarca de Orleans. Des. Marcílio Medeiros, Relator. 1984. vol. 45, p.410.
43. Jurisprudência TACRIM-SP - AC - Real. Renato Talli supra cit.
44. Jurisprudência TACRIM-SC. RHC Rea. Roberto de Almeida. BMJ 28/6 - in CP e sua Interpretação ... cit. p. 111.
45. LINHARES, Marcelo Jardim. Contravenções Penais. v. 2. p. 489.

Ver também decisão do TACRIM-SP - Contravenção Penal - "Jogo de bicho", in Revista dos Tribunais. v. 548, p. 321-22.

46. HULSMAN. op. cit. p. 23-4.

47. Idem, op. cit. p. 23.

48. Idem, ibidem.

49. Briga de galo é legalizada na Bahia. Folha de São Paulo. 11 Nov 1990. p. C-1.

50. Conforme FOLHA DE SÃO PAULO. Os mais vendidos da semana. 26 Jan 1991. Caderno F. p. 2.

51. Recessão afeta até as relações extraconjugais. Folha de São Paulo. 23 Dez 1990. p. C-9.

Sobre a necessidade de descriminalização do adultério, ver CATÃO, Yolanda ... cit., e CUNHA LUNA, Everardo da. Cit. p. 394-95.

Também FABRÍCIO LEIRIA, Antônio José. p. 63-6.

52. Conforme CATÃO, Yolanda. op. cit. p. 72.

53. Idem, ibidem.

54. TJSP - AC - Rel. Castro Duarte - RT 619/290, in Código Penal e sua Interpretação ... cit. p. 1205.

55. TJRJ - AC - Rel. Vivaldi Brandão Couto. RT 587/390, in Código Penal e sua Interpretação ... cit. p. 1206.

56. TJSP - AC - Rel. Nigro Conceição. RT 523/344, in Código Penal e sua Interpretação... cit. p. 200.
57. Prostitutas sem teto dividem cidade paulista. Folha de São Paulo, 21 de Out de 1990. p. C-9.
58. RT 600/418, in Código Penal e sua Interpretação...cit. p. 1326.
59. TACRIM-SP - AC - Rel. Italo Galli. RT 287/434, in Código Penal e sua Interpretação ... cit. p. 1327.
60. TACRIM-SC - AC - Rel. Ricardo Couto. RT 404/282, in Código Penal e sua Interpretação ... cit. p. 1327.
61. BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. cit. p. 34.
62. BATISTA, Nilo. Introdução crítica. cit. p. 93.
63. Conforme CP e sua Interpretação.cit. p. 1749.
64. Ver incidente de inconstitucionalidade de Lei na Apelação - Crime nº 686062340 Tribunal Pleno - Porto Alegre - Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grando do Sul nº 128, p. 33-9 - ver também, sobre o mesmo incidente a análise de SANGUINÉ, Odone. É inconstitucional a incriminação do porto de tóxicos para uso pessoal? Fascículos de Ciências Penais.V.1,p.56-63.
65. Jurisprudência TJMT - AC - 76/82 - Rel. Mauro José Pereira. RT 569/348, in CP e sua Interpretação ... cit. p. 1746.

Conforme Grecco Filho, in CP e sua Interpretação ... cit. p. 1749.

Ver também na obra citada, p. 1759, as decisões de Tribunais que condenam o uso e que absolvem por atipicidade.

66. Conforme Jurisprudência TJSP - AC - 220843 - Rel. Baptista Garcia - RT 590/335 e RJTJ SP 86/395 - in CP e sua Interpretação ... cit. p. 1755.
67. Ver Capítulo II, nº 5, o Princípio da Insignificância.
68. Jurisprudência STF - RE 114339-8 - Rel. Sydney Sanches - J. 6-3-89 mesmo sentido. RE 113319. Rel. Francisco Resek - RTJ 122/1186, in CP e sua Interpretação Jurisprudencial. p. 1757.
69. O termo sofre críticas. Neste sentido, ver REALE JÚNIOR, Miguel. Descriminalização. cit.
70. PEREIRA DOS SANTOS, Gerson. Infra cit. p. 149.
71. Paulistano adere ao Daime e já prepara seu chão. Folha de São Paulo, São Paulo, 11 Nov 90. p. C-5.
72. PEREIRA DOS SANTOS, Gerson. O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica. Fascículos de Ciências Penais. nº 2, p. 143.
73. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La legislacion "Anti droga" latino-americano: sus componentes de Derecho Penal Autoritário. Fascículos de Ciências Penais. nº 2, p. 20.
74. NAGEL, W. H. Criminologia Crítica. p. 74.
75. BATISTA, Nilo. O Problema das Drogas in Punidos e Mal Pagos. p. 66.

REVISÃO CRÍTICA e OBSERVAÇÕES FINAIS

Toda a dissertação é direcionada no sentido da aplicação da lei, da prestação jurisdicional, momento em que a "justiça" se manifesta.

Denota-se, a partir do capítulo I, uma efetiva preocupação com o intérprete que deve valorar o fato em consonância com o pensamento emergente da consciência coletiva, particularmente com a norma cultural.

As teorias da ação, essência da estrutura doutrinária do delito, continuam envoltas excessivamente em um dogmatismo que asfixia o estudioso do Direito Penal. É preciso extrair da ambiência o sentimento popular que permita uma metamorfose do tecnicismo jurídico.

O Direito só vive e sobrevive para a sociedade e jamais contra ela.

Na axiologia da norma sobreleva-se o interesse comum da coletividade, sendo esse um pressuposto básico na sua interpretação.

É nesse sentido que o princípio da adequação social torna-se valioso. Atualiza a norma abstrata colocando-a no momento histórico em que foi praticado o ato, em tese, delituoso.

A razão de sua formulação, ligada a deficiências do Direito alemão, não a torna inaplicável ao nosso ordenamento, da mes-

ma forma que outras teorias nascidas em solos estrangeiros não devem ser repudiadas pela simples alegação de existirem outras formulações teórico-jurídicas que, ampliadas, "suprem" as necessidades doutrinárias.

A caracterização da conduta socialmente adequada não significa aquela perfeitamente integrada à sociedade e prescrita como ideal mas, também, a que é por ela acolhida como razoável ante o desvalor da ação ou pela insignificância do resultado.

A adequação social não foi a única teoria inserida no Direito Penal na constante busca de elementos que servem como subsídios teóricos para satisfazer o pensamento jurídico.

As normas de cultura, os elementos negativos do tipo, o tipo conglobante, o tipo total do injusto foram, também, tentativas de restringir o alcance dos tipos legais.

A conduta socialmente adequada tem a mesma função. Assemelha-se pelo direcionamento expresso à normalidade extrajurídica, não prescindindo para sua caracterização de uma concreta aceitação pela sociedade. Integra o fato e a norma correspondente à época efetiva de sua ocorrência. Na valoração do fato atualiza a norma.

A abordagem do tema não se restringe à tipicidade mesmo porque, se negada a atipia material resta, teoricamente, a antijuridicidade, onde a conduta socialmente adequada pode ser questionada como causa supralegal.

Nessa última proposição surge dentro da antijuridicida

de material, onde a contrariedade ao ordenamento positivo é medida pela efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

As considerações sobre teorias de justificação, conduzem inevitavelmente à supralegalidade e esta às fontes do direito penal, ambas localizadas além das leis.

Poder-se-ia estabelecer, a priori, uma relação da adequação social no limite da tipicidade, enquanto juízo de valor conseqüente de indicação expressa da norma jurídica. É comum nos chamados elementos normativos do tipo.

Assim, pensar nos valores e fins que motivam o agente, é qualificar a ação como socialmente adequada quando coincidentes com os interesses ou valores da sociedade.

Os exemplos mencionados no texto mostram que, na prática, é possível uma delimitação precisa da ação para que se a compreenda como adequada socialmente.

Como fator determinante de atipicidade ou como causa de supralegalidade a ação socialmente adequada permite a descaracterização do fato delituoso, conclusão que empresta ao processo de valoração uma realidade dos conceitos éticos dominantes no grupo social.

A constatação de uma injustiça legal deve ser suprida pela realização de justiça material.

A descriminalização de determinados fatos delituosos ou contravencionais por não mais representarem os anseios da coletividade, constituindo-se em tipos sem qualquer nocividade social,

é a resultante final desta dissertação.

A função do Juiz-intérprete em face da omissão do legislador em descriminalizar, desjucializar ou despenalizar comportamentos, fá-lo não um simples aplicador da lei, mas um criador do direito.

O poder discricionário do magistrado no julgar é necessário e primordial para relativizar o próprio princípio da reserva legal, pois conservando o nullum crimen nulla poena sine lege, julga sempre in bonam partem. Não elabora novas figuras delitivas ou contravencionais. Suprime-as, pois é a manifestação jurídica da consciência coletiva e sua decisão não é contra legem mas ultra legem.

As críticas existentes ante a dificuldade, com base nas normas de cultura, de precisar com nitidez qual a conduta a ser qualificada como socialmente adequada não é maior do que a já existente para a definição dos elementos normativos do tipo ou a caracterização do crime continuado, do erro de tipo - erro de proibição, o "cuidado exigível" nos delitos culposos, etc.

As insatisfações com os modelos jurídicos podem ser sentidas na jurisprudência dos nossos Tribunais, referidas nesta dissertação, demonstrando a impossibilidade da norma acompanhar o desenvolvimento técnico-social da coletividade.

O reconhecimento da existência de uma conduta social - mente adequada ao corpo social empresta às decisões do Juiz um mínimo de dogmatismo em consonância com a realidade emergente do momento histórico vivenciado pelo agente na prática do fato que

infringe a norma abstrata.

Não é preciso dar autonomia ao Juiz. Ele a tem.

O que falta é a conscientização de exercer com plenitude a função jurisdicional estabelecendo o elo de equilíbrio entre o poder dos que ditam as leis e dos que as cumprem.

A lei ainda é imprescindível. A sua complementação, no entanto, depende de correta aplicação.

O legislador não tem o poder de dizer ao intérprete os limites da aplicabilidade da norma quando traduzida em benefício do coletivo. ret

Pensar o "socialmente adequado" é fazer crescer a lei na eterna busca do ideal de justiça, ideal que não existe para corrigir a sociedade mas para dela extrair o pensamento coletivo na correção das incongruências do ordenamento positivo.

Talvez o maior mérito da questão da adequação social, seja a possibilidade de um repensar da norma que esteja em desarmonia com o fim a que se propõe.

B I B L I O G R A F I A

1. ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da Insignificância no Direito Penal. JUTACRIM. São Paulo: Iex Ano 22. Vol. 92. p.72-7. 2º Tri. 1988.
2. ALVES, Miguel M. Considerações acerca da tipicidade. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Fpolis, Ano I, vol. 2. p. 112-17. Jul/Dez 1978.
3. ALVES, Roque de Brito. Direito Penal - Parte Geral. Recife: Companhia Editora de Pernambuco. 1973. 1º vol. 540 p.
4. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Direito Penal e criação juricial. São Paulo: RT., 1989. 103 p.
5. ASCENÇÃO, Miguel de Oliveira. O Direito, Introdução e Teoria Geral. 3ª ed. Lisboa: Lisboa, 1984. 569 p.
6. ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de derecho penal. Buenos Aires. Losada, 1951. 5 vol.
7. _____. La Ley y el Delito - Principios de derecho penal. 2ª ed. México, Buenos Aires: Hermes, 1954. 617 p.
8. BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. 2ª ed. Colombia: Temis, 1983. 231 p.
9. _____. Delito y Punibilidad. Madrid. Civitas. 1983.
10. BALESTRA, Fontam. Esquema de la evolucion de la teoria del delito. Nuevo pensamiento penal. Revista de derecho y ciencias penais. Buenos Aires: De Palma. Ano 3. p. 81-9, 1974.
11. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). Doctrina penal - Teoria e practica en las ciencias penales. Buenos Aires: De Palma. Ano 10. nº 37 a 40. p.623-50. 1987.

12. BARRUFINI, José Carlos Toseti. Modelo Jurídico e Modelo Dogmático. Justitia. São Paulo. Serviço de doc. Jurídica do M.P. nº 96. p. 155-58. 1º Tri. 1977.
13. BASTOS, João José Caldeira. O Poder Judiciário e a Lei. A decisão contra a Lei na Jurisprudência Catarinense. Dissertação (Mestrado de Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Fpolis, Dez 1978. 201 p.
14. _____. O que é o Direito. Seqüência. Fpolis, UFSC, (7). p. 74-81. Jun 1983.
15. _____. A estrutura jurídica do crime. Seqüência. Fpolis; UFSC (8): p. 81-9. Dez 1983.
16. BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. Revista de Direito Penal e Criminologia. Rio: Forense, 7 a nº 35. p. 54-60. Jan/Jun 1983.
17. _____. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio: Revan, 1990. 136 p.
18. _____. Punidos e mal pagos. Violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio: Revan, 1990. 192 p.
19. BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. 117 p.
20. BELING, Ernest von. Esquema de Derecho Penal - Ia doctrina del delito - tipo. Trad. Sebastin Soler. Buenos Aires: De Palma, 1944. 242 p.
21. BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Trad. Paulo José da Costa Jú

- nior e Alberto Silva Franco. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. vol. I. 465 p. (8ª ed. italiana)
22. _____. Objetivismo e Subjetivismo no âmbito da noção do delito. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Ano V (nova fase), nº 9. p. 23-34. Abr/Jun 1965.
23. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. João Ferreira (coord.) 2ª ed. Brasília: UNB, 1986. 1318 p.
24. Briga de galo é legalizada na Bahia. Folha de São Paulo. 11 Nov 1990. p. 2. c. F.
25. BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.
26. BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. 3ª ed. Rio: Forense. 1967. 4 vol.
27. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MALARÉE, Herman H. Significacion Social y tipicidade. Doctrina Penal. Teoria y Prática en las ciencias penales. Buenos Aires: De Palma, ano 3. nº 9-12. 533-54. p. 1980.
28. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Colômbia: Temis, 1982. 185 p.
29. CARRASQUILIA, Juan Fernández. Derecho Penal Fundamental. Bogotá: Temis, 1982. 600 p.
30. CARVALHO, Hilário Veiga de. Transexualismo. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 70. Vol. 545. p. 289-98. Mar 1981.
31. CATÃO, Yolanda. Notas sobre a punição do adultério e descrimi-

- nalização. Revista de Direito Penal. Rio: RT. nº 13/14. p. 68-75. Jan/Jun 1974.
32. CHAVES, Antônio. Os direitos fundamentais da personalidade moral (à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade). Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 15. nº 58. p. 157-180. Abr/Jun 1978.
33. _____. Castração - Esterilização. "Mudança" artificial de sexo. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Senado Federal. Ano 18. nº 69. p. 261-72. Jan/Jun 1981. (98).
34. _____. Direitos de Personalidade. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. Jurídica do M.P. Vol. 98. p. 64-103. 3º Tri. 1977.
35. CHAVES CAMARGO, Antonio Luís. Tipo penal e linguagem. Rio: Forense, 1982. 126 p.
36. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. A nova parte geral. Rio: Forense, 1985. 351 p.
37. _____. Dialética da Norma de Conduta. Revista de Direito Penal. Rio: Forense. nº 21/22. p. 60-6. Jan/Jun 1976.
38. COELHO, Luiz Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Curitiba: HDV., 1983. 212 p.
39. CONDEIXA DA COSTA, Carlos Adalmyr. Da natureza formal dos crimes culposos. Contribuição da Teoria Ecológica do Direito para a Teoria finalista da ação. Rio: Liber Juris, 1989. 220 p.

40. _____. Dolo no Tipo - Teoria da ação finalis-
ta no Direito Penal. Rio: Liber Juris, 1989. 164 p.
41. CORDOBA RODA, Juan. El conocimiento de la antijuricidad en la
teoria del delito. Barcelona: Bosch, 1962. 150 p.
42. CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação
social. Revista do Ministério Público do Paraná. Curitiba.
Ano 5. (6). 1976. p. 81-92.
43. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito Penal Objetivo. Breves
Comentários ao Código. Rio: Forense Universitária, 1989.
731 p.
44. _____. Comentários ao Código Penal. São Pau-
lo: Saraiva, 1986. 3 Vol.
45. _____. Direito Penal da Culpa. Revista de Ci-
ência Penal. São Paulo: Convívio. Ano II, nº 1, p. 66-82.
1975.
46. _____. O transplante do coração face ao Direi-
to Penal Brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT.
Ano 57. Vol. 384. p. 395-98. Mar. 1968.
47. _____. Considerações em torno à supralegalida-
de no Direito Penal. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT.
ano 53. vol. 345. p. 23-39. Jul 1964.
48. COSTA E SILVA, A. J. da. Lesões Corporais. Justitia. São Pau-
lo: Serviço de doc. Jurídica do M. P. Vol. 52. p. 73-88. 1º
Tri. 1966.

49. COUSINO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno. Santiago: Jurídica del Chile. 1975. 2 Vol.
50. COUTINHO, Léo Meyer. Código de ética médica comentado. São Paulo: Saraiva, 1989. 201 p.
51. CUNHA, Rosa Maria. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Síntese. 1979. 141 p.
52. CUNHA LUNA, Everardo da. Estrutura jurídica do crime. 3ª ed. Recife: UFP, 1970. 267 p.
53. _____. A arte e o obsceno. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris. Ano 3. vol. 3. nº 4. p. 60-6. Out/Nov/Dez 1990.
54. _____. Teoria finalista da ação. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 16, nº 62. p. 265-70. Abr/Jun 1979.
55. _____. Descriminalização. Enc. Saraiva do Direito. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, nº 24. p. 51-7. 1977.
56. _____. Everardo da. Capítulos de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1985. 403 p.
57. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. São Paulo: Freitas Bastos, 1986. 650 p.
58. DEVEZA, Rodrigues. Derecho Penal Españõl. Parte General. 3ª ed. Madrid: Carasa, 1973.
59. DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da consciência da ilici

- tude em Direito Penal. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1987. 522 p.
60. DIDIER FILHO, J., Inseminação artificial. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 15, nº 57.p. 205-14. Jan/Mar 1978.
61. DINIZ, Maria Helena. As lacunas do Direito. São Paulo: RT., 1981. 271 p.
62. DOTTI, René Ariel. Descriminalização e Criminalização. Duas tendências no âmbito da reforma. Enciclopédia Saraiva de Direito. Coord. R. Linongi França. São Paulo: Saraiva, V. 24. p. 59-98. 1977.
63. Enciclopédia Mirador Internacional. São Paulo, Rio: Encyclopædia Britannica do Brasil. 1980. Vol. 12.
64. FABRÍCIO LEIRIA, Antônio José. Descriminalização e criminalização. Revista da Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 15, nº 59. p. 63-6. Jul/Set 1978.
65. FARIAS JÚNIOR, César de. Crimes hediondos, a nova lei. Fascículos de Ciências Penais. Ano 3, V. 3, nº 4. p. 24-8. Out/Nov/Dez 1990.
66. FÁVERO, Flaminio. O transplante de coração em seus aspectos médicos-legais. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 57. p. 401-05. Mar 1968.
67. FERREIRA, Ivete. A política criminal e a descriminalização. Revista do Instituto dos advogados do Brasil. Rio: Ano VII. nº 29. p. 195-202. [197].

68. FIORE, Carlo. L'azione socialmente adeguata nel diritto penale. Napoli: Morano, 1966. 273 p. (collana di studi penalistici, vol. 3).
69. FRAGOSO, Eugênio. Considerações sobre a "ação socialmente adequada" extraídas de um caso concreto. Revista do Superior Tribunal Militar. Ano IV, nº 5. Brasília. p. 129-33. 1979.
70. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo. Conceito - distinção do homossexualismo. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 70. Vol. 545. p. 299-303. Mar 1981.
71. _____. Lições de Direito Penal - Parte Especial. Rio: Forense, 1984. 590 p.
72. _____. Lições de Direito Penal. A nova parte geral. 7ª ed. Rio: Forense, 1985. 491 p.
73. _____. Lições de Direito Penal - Parte Especial. 7ª ed. Rio: Forense, 1985. 615 p.
74. _____. Ciência e experiência do Direito Penal. Revista de Direito Penal. Rio: Forense. Vol. 26. p. 7-17.
75. FRANCO, Alberto Silva et alii. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 3ª ed. São Paulo: RT. 1990. 1916 p.
76. FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. Inegociabilidade da matéria orgânica, transplante de órgãos ou partes do corpo. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. Vol. 68. p. 39-62. 1º Tri 1970.
77. FREITAS CAMARGO, Ruy Junqueira de. O delito como fato cultural

- e o problema das justificativas supralegais. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. nº 89. p. 213-32. 2º Tri. 1975.
78. GESSINGER, Ruy Armando. Da dispensa da pena. Porto Alegre: Fabris. 2ª versão, 1984. 88 p.
79. GIACOMUZZI, Vladimir. (Org.) O Direito Penal e o novo Código Penal Brasileiro. Porto Alegre: Fabris, 1985. 109 p.
80. COMES, Hélio. Medicina Legal. 23ª ed. Rev. amp. São Paulo: Freitas Bastos, 1984. 708 p.
81. GOTI, Jaime E. Malamud. La estructura penal de la culpa. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales. 1976. 140 p.
82. GREGORI, Giorgio. Adeguatezza sociale e teoria del reato. Padova: Cedam, 1969. 197 p. (collana di studi penalistici. vol.V).
83. HADDAD, Luiz Felipe da Silva. Ensaio sobre o problema da lesão corporal dolosa e leve. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. vol. 96. p. 131-41. 1º Tri. 1977.
84. HARBICH, Ricco. Tipo e tipicidade no direito penal alemão. Ciência Penal. São Paulo: Convívio. Ano III. nº 2. p. 43-69. 1976.
85. HULSMAN, L. H. C. Descriminalização. Revista de Direito Penal. Trad. Yolanda Catão. Rio: RT. nº 9/10. p. 7-26. Jan/Jun 1973. (Relatório apresentado ao Colóquio de Bellágio em maio de 1973).
86. HÜNERFELD, Peter. Considerações sobre os crimes omissivos impróprios. Forum Internacional de Direito Penal Comparado -

- Anais. Salvador, Ciência Jurídica. s/d. p. 57-60.
87. HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal. 6ª ed. Rio: Forense. Vol I, Tomo II, 1983. 533 p.
88. _____. Comentários ao Código Penal. Rio: Forense, 1949, Vol 2. 659 p.
89. _____. Comentários ao Código Penal. 6ª ed. Rio: Forense, Vol I, Tomo I, 1980. 397 p.
90. _____. Comentários ao Código Penal. 6ª ed. Rio: Forense, 1981. Vol V. 592 p.
91. INACARATO, Márcio Antônio. A doutrina da tipificação e sua extensibilidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano 18. nº 70. p. 151-57. Abr/Jun 1981.
92. JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal - parte general. Trad. Mir Puig e Francisco Munhõz Conde. Barcelona: Boser, 1981. 2 v.
93. JESUS, Damázio de. Teoria finalista da ação e teoria da culpabilidade no Código Penal de 1969. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. Vol. 85. p. 351-72. 2º Tri. 1974.
94. _____. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, 1985. 3 v.
95. _____. Anotações à Lei 8072/90 (crimes hediondos). Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris. Ano 3. V. 3, nº 4. p. 1-14. Out/Nov/Dez 1990.
96. KARAM, Munir. A jurisprudência dos tipos. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Curitiba: Junvã. Ano XII, nº

46. p. 23-37. Abr/Jun 1987. .
97. LEAL, João José. Vida social e ordenamento jurídico. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 79, Vol. 653. p. 259-76. Março 1990.
98. LINHARES, Marcelo Jardim. Exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal. 1ª ed. Rio: Forense, 1983. 770 p.
99. _____. Legítima Defesa. 2ª ed. Revista atualizada ampliada. Rio: Forense, 1980. 518 p.
100. _____. Contravenções Penais: Comentários ao Decreto-lei nº 3688 de 3.10.1941, e às contravenções previstas em leis especiais. São Paulo: Saraiva, 1979. 2 V.
101. LISZT, Franz Von. Tratado de derecho penal. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 2ª ed. Madrid. Réus, 1927. 2 V.
102. LLOYD, Dennis. A idéia de lei. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985. 301 p.
103. LÓPES REY, Manoel. O Direito Penal como profissão e como função social. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio: UEG. Ano III (nova fase), nº 12. p. 39-61. Jan/Mar 1966.
104. LUISI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987. 139 p.
105. MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal. (Parte Geral). São Paulo: RT., 1987. 176 p.

106. _____. Tipo. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT., Ano 63. Vol. 462. p. 299-305. Abr 1974.
107. MAGALHÃES, Délio. Causas de exclusão de crime. São Paulo: Saraiva, 1968. 201 p.
108. MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964. 2 V.
109. _____. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1954. 4 V.
110. MARREY NETO, José Adriano. Exclusão da ilicitude. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Lex, Ano 23, Vol. 97. p. 7-14. 1º Tri. 1989.
111. Mata mas não beija. Folha de São Paulo, 4 Mar 1990. p. 33.
112. MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito Penal. 2ª ed. amp. atu. Rio: Forense, 1988. 3 V.
113. MEDEIROS DA SILVA, Jorge. Ligamento de trompas - crime de lesões corporais. Repertório oficial de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (jurispenal do STF). São Paulo: "Legis Summa". Ano VI. nº 21. p. 33-41. Jan/Mar 1977.
114. MEJIA, Enrique Ramos. El derecho penal y la accion socialmente adecuada. Nuevo Piensamento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Buenos Aires: De Palma. Ano 3. p. 181-90. 1974.
115. MELO, Orlando Ferreira de. O fato e a Norma na produção jurisprudencial. Monografia para exame de qualificação. CPGD/UFSC, Fpolis, 1986. 94 p.

116. MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre política jurídica. Seqüência. Fpolis: UFSC, Ano 1, nº 2. p. 13-7. 1º Sem. 1980.
117. _____. Dicionário de Direito Político. Rio: Forense, 1978. 143 p.
118. _____. Sobre Política Jurídica (II). Seqüência. Fpolis: UFSC, Ano 1, nº 2. p. 27-32. 2º Sem. 1980.
119. _____. Sobre consciência jurídica. Seqüência. Fpolis: UFSC, Ano 8, nº 3. p. 71-8. 1º Sem. 1981.
120. MENDES, Nelson Pizotti. A despenalização de certos delitos - os denominados delitos sem vítima. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. Vol. 88. p. 9-12. 1º Tri. 1975.
121. MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. 2ª ed. Trad. José Arturo R. Muñoz. Madrid: Revista de derecho privado, 1946, 2 V.
122. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 4ª ed. Rev. amp. São Paulo: Atlas, 1989. 4 V.
123. MIR PUIG, Santiago. (coord). Política Criminal y reforma del Derecho Penal. Colômbia: Temis, 1982. 360 p.
124. MONREAL, Eduardo Novoa. Causalismo e finalismo en Derecho Penal. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1982. 192 p.
125. MONTEIRO, Washington de Barros. Transplante de órgãos do corpo humano sob o aspecto jurídico. Revista dos Tribunais. São Paulo. RT. Ano 57, V. 389. p. 389-94. Mar 1968.
126. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. O espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e

Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1982. 720 p.

127. MUNHOZ NETO, Alcides. A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio: Forense, 1978. 193 p.
128. MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1982, 238 p.
129. NAGEL, W. H. Criminologia crítica. Trad. Fernando Fragoso. Revista de Direito Penal. Rio: Borsor, nº 1. p. 72-7. Jan/Mar 1971.
130. NASCIMENTO, Walter Vieira de. A embriaguez e outras questões Penais. (Doutrina - Legislação - Jurisprudência). 2ª ed. Rev. aum. Rio: Forense, 1990. 204 p.
131. NAVES, Nilson Vital. Estrutura Jurídico-Penal do crime. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. Ano 31, Vol. 65. p. 99-115. 2º Tri. 1969.
132. NEVES, Serrano. Desporto e Direito Penal. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. Ano VII, nº 27. p. 59-72. Jul/Set 1970.
133. NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 1973-76. 4 Vol.
134. NUVOLONE, Pietro. O Sistema do Direito Penal. Trad. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: RT., 1981. 269 p.
135. _____. I Limiti Taciti Della Norma Penale. Padova: Cedam, 1972. 194 p.
136. _____. Pontos de divergência entre o Código Penal Italiano e o Código Penal Brasileiro. Revista Brasileira

- ra de Criminologia e Direito Penal. Rio: UEG. Ano II (nova fase), nº 7. p. 7-16. Out/Dez 1964.
137. OLIVEIRA, Moacyr de. A questão médico-jurídica dos transplantes. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 57, V. 389. p. 497-09. Mar 1968.
138. Os mais vendidos da semana. Folha de São Paulo. 26 Jan 1991. p. 2. C.F.
139. Paulistano adere ao Daime e já prepara seu chão. Folha de São Paulo. 11 Nov 1990. p. 5. C.C.
140. PELLEGRINO, Laércio. Vitimologia. Revista de Direito Penal. São Paulo: RT. nº 9/10. p. 55-60. Jan/Jun 1973.
141. PEREIRA DOS SANTOS, Gerson. O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica. Fascículos de Ciências Penais. Ano 3. V. 3, nº 2. p. 136-51. Abr/Mar/Jun 1990.
142. PETROCELLI, Biagio. Reexame dos elementos do crime. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Rio: UEG. Ano III. (nova fase), nº 8. p. 19-77.
143. PIERENGELLI, José H. O consentimento do ofendido na teoria do delito. São Paulo: RT., 1989. 256 p.
144. PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo: RT., 1983, 198 p.
145. Prostitutas sem teto dividem cidade paulista. Folha de São Paulo. 21 Out 1990, p. 9. C.C.
146. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 381 p.

147. _____. Nova fase do direito moderno. São Paulo: Saraiva, 1990. 239 p.
148. _____. Teoria do Direito e do Estado. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 405 p.
149. REALE JÚNIOR, Miguel. Descriminalização. Revista do Instituto dos Advogados do Brasil. Rio: Ano VII, nº 29. p. 187-93. [197].
150. _____. Antijuridicidade Concreta. São Paulo: José Bushatsky, 1974. 152 p.
151. _____. Novos Rumos do Sistema Criminal. 1ª ed. Rio: Forense, 1983. 224 p.
152. _____. Parte geral do Código Penal (nova interpretação). São Paulo: RT., 1988. 118 p.
153. _____. Aspectos Jurídicos do ato médico no transplante de órgãos. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT., Ano 60. nº 424. p. 462-66. Fev 1971.
154. Recessão afeta até as relações extraconjugais. Folha de São Paulo, 26 Jan 1991. p. 2. C.F.
155. REYES E., Afonso. Criminologia. 6ª ed. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia. 1982.
156. RODA, Juan Córdoba. El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito. Barcelona: Bosch, 1962. 150 p.
157. ROEDER, Herman. Die Einhaltung des sozialadäquaten. Risikos. Berlin: Duncker & Humblot, 1969. p. 94.

158. ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Trad. Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. 272 p.
159. _____. Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: De Palma, 1979. 303 p.
160. RUIZ, Sérgio Túlio. La estructura del delito. Bogotá: Temis, 1978. 175 p.
161. SALGADO MARTINS, José. Direito Penal - Introdução e Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1974. 459 p.
162. SALGADO, Murilo Resende. O transexual e a cirurgia para a pretendida mudança de sexo. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. Ano 65, Vol. 491. p. 241-47. Set 1976.
163. SAMPAIO, Ercílio Cruz. Breves considerações sobre a tipicidade e supralegalidade em matéria penal. Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Vol. 69. p. 11-20. 1º Tri. 1982.
164. SÁNCHEZ, Maurício Martinez. Qué pasa la criminología moderna? Colômbia: Temis, 1990. 179 p.
165. SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris. Ano 3, nº 1. p. 36-50. Jan/Fev/Mar 1990.
166. _____. É inconstitucional a incriminação do porte de tóxicos para uso pessoal? Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, vol. 1, nº 3. p. 56-64. 1988.

167. SICHES, Luis Recasens. Tratado General de Filosofia del Derecho. 6ª ed. México: Porrúa, 1918. 717 p.
168. SILVA HADDAD, Luiz Felipe da. Ensaio sobre o problema da lesão corporal dolosa e leve. Justitia. São Paulo: Serviço de doc. jurídica do MP. Vol. 96. p. 131-41. 1º Tri. 1477.
169. SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro. São Paulo: RT. 1968. 2 V.
170. SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 2ª ed. Rio: José Konfino. 1950. 2 V.
171. SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: 1953. 5 V.
172. TAVARES, Juarez. Teorias do delito. (variações e tendências). São Paulo: RT. 1980, 133 p.
173. THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos. Rio: Achiamé. 1983. 145 p.
174. TOLEDO, Francisco de Assis. Illicitude Penal e causa de sua exclusão. Rio: Forense, 1984. 159 p.
175. _____. Princípios básicos de Direito Penal de acordo com a lei nº 7209 de 11-7-1904. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. 351 p.
176. TREVINO, Sérgio Vela. Antijuridicidad y justificacion. México: Porrúa, 1976. 412 p.
177. TUBENCHLAK, James. Estudos Penais. 1ª ed. Rio: Forense, 1986. 304 p.

178. WESSELS, Johannes. Direito Penal - Parte geral. (aspectos fundamentais). Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. 204 p.
179. WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. (parte general). 119ª ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yañez Pérez. Santiago: Juridica de Chile. 1976. 403 p. (2ª ed. Castellana).
180. _____. Culpa e delitos de circulação. Revista de Direito Penal. Rio: Forense, nº 3. p. 13-43. Jul/Set 1971.
181. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. 5 V.
182. _____. Manual de Derecho Penal - Parte General. 6ª ed. Buenos Aires: Ediar. 820 p.
183. _____. En Busca de las penas perdidas. Deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1989. 296 p.
184. _____. La Adecuacion Social de la conducta. Revista de Derecho Penal y Criminologia. Buenos Aires: La Ley, nº 1. p. 71-9. Ene/Mar 1971.
185. _____. La legislacion "anti-droga" latino-americana: Sus componentes de derecho penal autoritário. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris. Ano 3, V. 3, nº 2. p. 16-25. Abr/Mar/Jun 1990.